



Sentencia 2017-02535 de 2020 Consejo de Estado

SUSTITUCIÓN DE LA ASIGNACIÓN DE RETIRO / INTERRUPCIÓN DE LA CONVIVENCIA NO IMPUTABLE AL CÓNYUGE SUPÉRSTITE – Efecto / SUSTITUCIÓN DE LA ASIGNACIÓN DE RETIRO A CÓNYUGE SOBREVIVIENTE SEPARADA DE HECHO PERO CON SOCIEDAD CONYUGAL VIGENTE – Reconocimiento / DOBLE PAGO DE LA SUSTITUCIÓN PENSIONAL – Improcedencia / AFILIACIÓN AL SUBSISTEMA DE SALUD DE LAS FUERZAS MILITARES DE LA CÓNYUGE SOBREVIVIENTE – Procedencia

No queda duda que la interrupción de convivencia no se produjo por causa de la demandante, sino por el abandono del causante, quien dejó su hogar pero sin pretender buscar la cesación de los efectos civiles del matrimonio o a la separación legal de cuerpos, sino que mantuvo la sociedad conyugal vigente (...). Ahora bien, como ya se indicó desde 1964 se prolongó la separación, siendo necesario que la demandante reclamara la ayuda económica del causante, que fue ordenada por decisión judicial, circunstancia que hace prever la necesidad de continuar con ese apoyo para preservar sus condiciones de vida. En este sentido, se encuentra demostrado sin lugar a duda, alguna la convivencia de 5 años con el [causante], la dependencia económica y que no pudo continuar con sus obligaciones de esposa por causas ajenas a ella, siendo dependiente de él hasta para su afiliación al sistema de seguridad social en salud de las Fuerzas Militares. (...). No puede ordenarse un doble pago por concepto de la sustitución de la asignación de retiro a favor de la demandante, por lo que el reconocimiento prestacional debe tener efectividad desde que fue suspendido el pago de la prestación mediante la Resolución 4785 de 9 de junio de 2015 que dio cumplimiento a la sentencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca. En este sentido, se modificará el numeral segundo de la sentencia de 30 de noviembre de 2018 proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia frente a los términos del reconocimiento pensional y además para ordenar que la demandante sea afiliada de manera inmediata al Subsistema de Salud de las Fuerzas Militares en atención a los graves padecimientos de salud que le aquejan. NOTA DE RELATORÍA: En relación con la diferencia entre pensión de sobrevivientes y sustitución pensional, ver: C. de E., Sección Segunda, Subsección B, sentencia de 9 de noviembre de 2017, C.P.: William Hernández Gómez. En cuanto al reconocimiento proporcional de la pensión de sobrevivientes en caso de sociedad conyugal no disuelta cuando no se acrede la convivencia durante los últimos cinco años, ver: Corte constitucional, sentencia T-164 de 2016, M.P.: Alejandro Linares Cantillo.

FUENTE FORMAL: LEY 100 DE 1993 – ARTÍCULO [47](#) / DECRETO 4433 DE 2004 – ARTÍCULO [11](#) / DECRETO 4433 DE 2004 – ARTÍCULO [12](#) / DECRETO 4433 DE 2004 – ARTÍCULO 40

CONDENA EN COSTAS – Requisitos / CONDENA EN COSTAS – A cargo de la parte vencida en el proceso

Advierte la Sala que es procedente acceder a la condena en costas y agencias en derecho en casos como el que acá se discute, toda vez que a la parte demandada se le resolvió de manera desfavorable el recurso de apelación, y se generó la intervención del apoderado de la demandante durante la segunda instancia. Éstas se liquidarán por la Secretaría del Tribunal Administrativo de Antioquia. NOTA DE RELATORÍA: Sobre el criterio objetivo valorativo en la condena en costas a partir de la Ley 1437 de 2011, ver: C. de E., Sección Segunda, Subsección A, sentencia de 7 de abril de 2016, radicación: 1291-14, C.P.: William Hernández Gómez.

FUENTE FORMAL: LEY 1564 DE 2012 – ARTÍCULO 365

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN SEGUNDA

SUBSECCIÓN A

Consejero ponente: GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ

Bogotá, D. C., veinte (20) de febrero de dos mil veinte (2020).

Radicación número: 05001-23-33-000-2017-02535-01(1452-19)

Actor: CARMEN ELISA SAAVEDRA DE LOZANO

Demandado: CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES

Ley 1437 de 2011 – Demanda de nulidad y restablecimiento del derecho

I. ASUNTO

De conformidad con lo dispuesto en el numeral 4.^º del artículo 247 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA), decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada y el Ministerio Público en contra de la sentencia de 30 de noviembre de 2018, por medio de la cual el Tribunal Administrativo de Antioquia accedió a las pretensiones de la demanda instaurada por la señora Carmen Elisa Saavedra de Lozano contra la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares.

II. ANTECEDENTES

2.1. La demanda¹

2.1.1. Pretensiones

La señora Carmen Elisa Saavedra de Lozano, por intermedio de apoderado judicial y en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho consagrado en el artículo 138 del CPACA, solicitó la nulidad de la Resolución 7870 de 22 de noviembre de 2013 a través de la cual se le negó la sustitución de la asignación de retiro que devengaba el señor Pedro Joaquín Lozano Fuentes.

A título de restablecimiento del derecho solicitó que se condene a la parte demandada a reconocerle la citada prestación en su condición de cónyuge *supérstite* del causante Pedro Joaquín Lozano Fuentes, a partir de la fecha del fallecimiento, ocurrido el 31 de marzo de 2013, junto con el pago de las mesadas dejadas de percibir hasta la inclusión en nómina de pensionados; sumas a las que debían aplicarse los reajustes de ley y la indexación de acuerdo al IPC.

Igualmente solicitó que se dé cumplimiento a la sentencia en los términos de la Ley 1437 de 2011 y que se condene en costas y agencias en derecho a la entidad demandada.

2.1.2. Supuestos fácticos

El señor Pedro Joaquín Lozano Fuentes prestó sus servicios como sargento primero del Ejército Nacional por 23 años, 9 meses y 19 días; se retiró del servicio activo consolidando el derecho a devengar asignación mensual de retiro la cual le fue reconocida por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares mediante Acuerdo 088 de 28 de enero de 1966, aprobado por Resolución 01805 de 16 de marzo de 1966.

La señora Carmen Elisa Saavedra de Lozano contrajo matrimonio católico con el señor Pedro Joaquín Lozano Fuentes, el 22 de abril de 1950, unión de la cual procrearon a Jorge Augusto y Rosa Stella Lozano Saavedra, quienes son mayores de edad.

El señor Pedro Joaquín Lozano Fuentes abandonó el hogar de manera definitiva, sin culpa de la demandante, razón por la cual, ella promovió demanda de alimentos ante el Juzgado 4.^º de Familia de Bogotá y como consecuencia de ello se le condenó a suministrarle alimentos a la demandante en cuantía equivalente al 40% de la asignación de retiro que devengaba por cuenta de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares.

La señora Saavedra de Lozano nació el 6 de abril de 1932 y cuenta con más de 84 años de edad por lo que es una persona de la tercera edad, sujeto de especial protección constitucional y legal, toda vez que le es imposible ejecutar cualquier labor y quien dependía exclusivamente de la cuota alimentaria cuyo monto apenas alcanzaba para cubrir sus necesidades básicas.

El 1.^º de noviembre de 2013 la accionante solicitó ante la entidad demandada la sustitución de la asignación de retiro, petición que fue resuelta a través de la Resolución 7870 de 22 de noviembre de 2013 con la cual se le negó el reconocimiento de la sustitución pensional, por no acreditar la convivencia durante los últimos 5 años de vida del causante conforme con lo señalado por el Decreto 4433 de 2004.

Como consecuencia de dicha decisión la entidad declaró la extinción de la asignación mensual de retiro, declaró la «prescripción de valores» a nombre del causante que se encontraban en la cuenta de acreedores varios; y le suspendió a la peticionaria el pago de la cuota alimentaria y los servicios médico asistenciales que le venía prestando el Hospital Militar Central.

La accionante interpuso acción de tutela a efectos de lograr la protección de sus derechos fundamentales afectados con la decisión de la entidad. Por esto, el Juzgado 18 Administrativo de Oralidad de Bogotá a través de sentencia de 25 de marzo de 2015 concedió el amparo solicitado como mecanismo transitorio y ordenó a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares reconocer una pensión de sobrevivientes a partir del 31 de marzo de 2013. La entidad dio cumplimiento a la decisión judicial a través de la Resolución 2616 de 6 de abril de 2015.

A través de la sentencia de 12 de mayo de 2015 el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección B, revocó el fallo de primera instancia y en su lugar rechazó por improcedente la solicitud de amparo *iustfundamental*.

2.1.3. Concepto de violación

Como normas trasgredidas mencionó de la Constitución Política el preámbulo y los artículos 2.^º, 4.^º, 5.^º, 11, 13, 29, 46 y 48; 9.^º de la Ley 447 de 1998 y el Decreto 1211 de 1990.

Como concepto de violación la parte demandante argumentó:

Al negarse la sustitución de la asignación de retiro la entidad está desconociendo que la Carta Política de 1991 consagra el acceso al derecho a **Sentencia 2017-02535 de 2020 Consejo de Estado**

la seguridad social, el mínimo vital, a la vida en condiciones de dignidad, por lo que en aplicación del artículo 4.º constitucional, deben inaplicarse disposiciones las previsiones del Decreto 4433 de 2004 que vayan en contra de tales garantías fundamentales.

Se desconoce su derecho a la igualdad toda vez que la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares ha reconocido la sustitución de la asignación de retiro a otras cónyuges *supérstites*, en condiciones fácticas iguales en acatamiento de pronunciamientos judiciales, en eventos en los cuales la ruptura de la vida en común no se produjo por causa de la cónyuge.

La demandante cuenta actualmente con más de 84 años de edad por lo que ha superado la expectativa de vida en Colombia con lo que debe protegerse su derecho al mínimo vital.

Se incurrió en falsa motivación toda vez que la entidad indicó que no existían elementos de juicio que permitan establecer que la peticionaria es beneficiaria del causante. Esto pese a que la demandante allegó las declaraciones de las señoras Misaelina Ramírez Vergara y Alba Cecilia Espinosa Sánchez, así como el documento de 6 de octubre de 2000 firmado por el señor Pedro Joaquín Lozano Fuentes dirigido a la entidad en el que manifiesta que la señora Carmen Elisa Saavedra de Lozano es su legítima esposa y que depende económicamente de él. La entidad no valoró de manera integral las pruebas aportadas por la accionante, que no fueron tachadas de falsas, ni tuvo en cuenta que la sociedad conyugal se encontraba vigente.

Finalmente aludió a la causal de desviación de poder, pero con idénticos argumentos a los señalados en precedencia.

2.2. Contestación²

La Caja de Retiro de las Fuerzas Militares³ se opuso a las pretensiones de la demanda al indicar que las decisiones adoptadas por la entidad tuvieron su fundamento en el Decreto 4433 de 2004, norma vigente para el momento de los hechos, por el cual se fija el régimen pensional de los miembros de la Fuerza Pública, según el cual el cónyuge debe acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y que convivió con el fallecido no menos de cinco años continuos inmediatamente anteriores a su muerte.

Además el artículo 12 del citado Decreto 4433 de 2004, señala que se pierde el derecho a la pensión de sobrevivientes cuando lo cónyuges llevan 5 o más años de separación de hecho, razón por la cual no hay lugar al reconocimiento pensional.

Finalmente propuso como excepción la caducidad de la acción.

2.3. Trámite en primera instancia

A través de providencia de 7 de mayo de 2018 el Tribunal de Antioquia dispuso la realización de la audiencia inicial para el 24 de mayo del mismo año⁴.

En dicha diligencia⁵ (i) fue saneado el proceso, (ii) se declaró la improcedencia de la excepción de caducidad al considerar que como la demanda se dirige a atacar la legalidad de un acto administrativo que negó a la parte demandante el reconocimiento y pago de una sustitución pensional, de conformidad con lo señalado por el artículo 164, numeral 1.º, literal c) del CPACA, la demanda puede presentarse en cualquier tiempo y (iii) se fijó el litigio en los siguientes términos:

«[...] Consistirá en determinar si se encuentra probado que los actos administrativos demandados, deben ser declarados nulos al transgredir normas de carácter constitucional y legal, y por incurrir en vicios de falsa motivación y desviación y abuso de poder y de conformidad a ello habrá de declarar su nulidad y a título de restablecimiento del derecho se debe reconocer la pensión de sobreviviente del señor PEDRO JOAQUÍN LOZANO FUENTES a la señora CARMEN ELISA SAAVEDRA DE LOZANO, en su calidad de cónyuge supérstite, desde su fallecimiento el 31 de marzo de 2013, con los respectivos valores que haya dejado de cobrar el causante, sumas que deberán ser reajustadas de conformidad con la ley, con la correspondiente indexación, o si por le contrario habrá de negarse las pretensiones en tanto la parte actora no logró desvirtuar la presunción de legalidad del acto administrativo demandado.»⁶

Igualmente, dispuso prescindir de la audiencia de pruebas y se concedió el término de diez días para presentar alegatos de conclusión⁷.

En su intervención, los apoderados de las partes reiteraron los argumentos de la demanda⁸ y la contestación⁹.

El agente del Ministerio Público¹⁰ solicitó que se nieguen las pretensiones de la demanda al señalar que como el demandante falleció el 31 de marzo de 2013 su situación se rige por la Ley 923 de 2004 y su Decreto Reglamentario 4433 de 2004 por medio del cual se fija el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública, norma especial vigente para el momento de los hechos, y por tanto ante la no acreditación de la convivencia en los últimos cinco años anteriores a la muerte del militar no se puede acceder a la pretensión de la accionante.

2.4. La sentencia apelada¹¹

El Tribunal Administrativo de Antioquia profirió sentencia el 30 de noviembre de 2018 en la cual de la demanda, accedió a las pretensiones de la demanda. Al efecto indicó que para el 31 de marzo de 2013, cuando falleció el señor Pedro Joaquín Lozano Fuentes, frente al derecho de sustitución pensional se encontraban vigentes los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 797 de 2003, norma que exige frente a la pensión de sobrevivientes que será recibida en forma vitalicia, por 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 y acredite 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.

Luego, explicó que de conformidad con la sentencia C- 1094 de 2003 se tiene que el régimen de convivencia por 5 años sólo se fija para el caso de los pensionados y como ya se indicó con este tipo de disposiciones lo que se pretende es evitar las convivencias de última hora con quien está a punto de fallecer y así acceder a la pensión de sobrevivientes. Por tanto cuando se solicita la pensión de sobrevivientes como cónyuge el requisito exigido por la ley es la convivencia durante 5 años anteriores a su muerte, situación que debe demostrar el interesado.

Además, dijo, que si bien el Decreto 4433 de 2004 señala en su artículo 12 que la condición de beneficiario de la pensión de sobrevivientes se pierde cuando se lleven más de 5 años de separación de hecho, el Consejo de Estado, en casos de contornos similares, ha considerado que conforme a la sentencia C- 336 de 2014¹² respecto a la pensión de sobreviviente de reclamada por el cónyuge, que la separación de hecho suspende la convivencia y el apoyo mutuo, pero no limita los efectos de la sociedad conyugal.

Consideró ese Colegiado que en el proceso obraba prueba de la convivencia que existió entre la señora Carmen Elisa Saavedra de Lozano y el causante, quienes contrajeron matrimonio el 22 de abril de 1950, por 14 años, convivencia que fue anterior al deceso, con lo que se cumplió con la exigencia normativa, esto es una convivencia superior a 5 años anteriores al deceso del causante, como dieron cuenta las declaraciones extraproceso allegadas; además que se evidenció la ayuda económica que percibió la demandante y que era necesaria para satisfacer sus necesidades básicas y quien además recibía los servicios de salud por parte de la entidad demandada, en calidad de beneficiaria del señor Pedro Joaquín Lozano Fuentes.

Por tanto, encontrándose legitimada para reclamar la demandante como beneficiaria de la pensión y que demostró que convivió con el causante por lo menos durante 5 años antes del fallecimiento, debía accederse a las pretensiones de la demanda, razón por la cual declaró la nulidad del acto administrativo demandado y a título de restablecimiento del derecho ordenó a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares sustituirla y pagarle la pensión que devengaba Pedro Joaquín Lozano Fuentes desde el 1.^º de abril de 2013, día siguiente al fallecimiento del causante, junto las mesadas dejadas de percibir, que deberían ser actualizadas de conformidad con el IPC.

2.5. Razones de la apelación

2.5.1. El apoderado de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares¹³ precisó que el régimen prestacional de los miembros de la Fuerza Pública es de carácter especial y actualmente se encuentra contenido en el Decreto 4433 de 2004, norma que prima sobre aquellas de carácter general; que no obstante la señora Carmen Elisa Saavedra de Lozano manifestó haber convivido con el militar por 5 años, revisado el expediente administrativo y la documentación aportada no existen elementos de juicio suficientes que permitan establecer que efectivamente la peticionaria en mención tuvo convivencia con el militar con anterioridad a la fecha del matrimonio y no cuenta con más de 5 años después de la fecha del matrimonio.

Dijo que en el evento en que se advierta que a la demandante le asiste derecho a la sustitución pensional, debe tenerse en cuenta que la prestación venía siendo cancelada a través de la Resolución 2616 de 6 de abril de 2015, en cumplimiento al fallo de tutela de 25 de marzo de 2015 proferido por el Juzgado 18 Administrativo de Oralidad de Bogotá, por el lapso comprendido entre el 31 de marzo de 2013 y la fecha en que fue suspendido el pago de la prestación mediante la Resolución 4785 de 9 de junio de 2015 que dio cumplimiento a la sentencia de 12 de marzo de 2015 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, que ordenó revocar la sentencia de 25 de marzo de 2015; que por dicho concepto la demandada alcanzó a cancelar la suma de \$65'910.522. Que por esto no puede condenarse a la entidad a un doble pago. Por tanto, en caso de ordenarse el reconocimiento este debería operar desde la ejecutoria del fallo o desde cuando fue suspendido el pago de la prestación mediante la Resolución 4785 de 9 de junio de 2015 que dio cumplimiento a la sentencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

2.5.2. El procurador 32 Judicial para asuntos administrativos formuló recurso de apelación¹⁴ en el cual indicó que la norma aplicable es la vigente a la muerte del causante y por tanto como éste falleció el 31 de marzo de 2013 se tiene que debe aplicarse la norma especial vigente, que es el Decreto 4433 de 2004, aplicable para los miembros de la Fuerza Pública que consagra el derecho a la sustitución de la asignación de retiro para la cónyuge supérstite, siempre que cumpla los requisitos como son acreditar que estuvo haciendo vida marital con él hasta su muerte y que convivió con el fallecido no menos de 5 años continuos inmediatamente anteriores a su muerte.

Estimó que las declaraciones allegadas al proceso se limitan a narrar algunos aspectos que demuestran una relación personal pero no las circunstancias de modo, tiempo y lugar que prueben una convivencia afectiva, continuada e ininterrumpida entre la demandante y el causante, como tampoco el compromiso de estabilidad y permanencia y solidaridad. Dijo entonces: «[...]no se reúnen los requisitos exigidos para dejar causada la pensión de sobrevivientes a favor de la cónyuge supérstite, especialmente en lo relacionado con la vida marital y la convivencia por cinco años entre la demandante y el pensionado fallecido, así sea en cualquier tiempo, y que como se vio son exigidas por la normatividad aplicable al caso»¹⁵.

En su consideración, según el artículo 12 del Decreto 4433 de 2004 la calidad de beneficiario de la sustitución pensional se pierde al llevar cinco o más años de separación de hecho, situación que se encuentra debidamente acreditada con lo expresado en las declaraciones extraprocesales aportadas.

Finalmente citó las sentencias de 25 de abril de 2013, proferidas por la Sección Segunda de esta Corporación, dentro del proceso 76001233100020070161101 (1605-09) de 25 de abril de 2013 dictada por la Subsección A y de 4 de julio de 2013, dentro del proceso radicado 05001233100020080097501 por la Subsección B la no aplicabilidad de normas de manera retrospectiva.

2.6. Trámite en segunda instancia

Por autos calendados el 11 de junio de 2019¹⁶ y el 5 de julio del mismo año¹⁷, este despacho resolvió admitir el recurso de apelación interpuesto y correr traslado para alegar de conclusión en segunda instancia, respectivamente.

2.6.1. Alegaciones

El apoderado de la demandante señaló que no puede pasarse por alto que el Decreto 1211 de 1990, por el cual se reforma el estatuto de personal de oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares, es una norma que regulaba la prestación que devengaba el señor Pedro Joaquín Lozano Fuentes en calidad de suboficial del Ejército Nacional norma que una vez modificada por la Ley 447 de 1998 señala que una excepción a la pérdida del derecho, es cuando la separación de cuerpos se causó sin culpa imputable al cónyuge *supérstite*, como ocurrió en este caso por cuanto la demanda de alimentos se sustentó en el abandono del hogar por parte del causante, escenario en el que se pidieron alimentos para la demandante y los hijos menores.

Adicionalmente dijo, que debe tenerse en cuenta la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de 7 de diciembre de 2016 dentro del proceso radicado 13001-22-13-000-2016-000372-01 de 7 de diciembre de 2016, donde se concedió la sustitución pensional, para la cónyuge *supérstite* de un pensionado de la Policía Nacional y donde señaló que sería carente de toda lógica que al tiempo que el legislador consagra un derecho para quien “mantiene vigente la unión conyugal pero hay una separación de hecho”, se le exigiera a esa misma persona la convivencia en los últimos cinco años de vida del causante cuando es obvio que cuando se alude a la separación de hecho, es evidente que no hay convivencia, ya que en eso consiste la esa figura: en la ruptura en de la convivencia, de la vida en común entre los cónyuges. No obstante, quien está separado de hecho debe demostrar que hizo vida en común con el causante por lo menos durante cinco años, en cualquier tiempo.

La parte demandante y el Ministerio Público guardaron silencio en esta esta procesal.

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

III. CONSIDERACIONES

3.1. Competencia

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 237 de la Constitución Política y con lo previsto en los artículos 11, 12, 34 y 36 de la Ley 270 de 1996, Estatutaria de Administración de Justicia, así como de lo ordenado en el artículo 150 de la Ley 1437 de 2011 (CPACA) la Subsección A de la Sección Segunda del Consejo de Estado es competente para conocer del asunto de la referencia.

3.2. Problema jurídico

Corresponde a la Sala establecer si la señora Carmen Elisa Saavedra de Lozano reúne los presupuestos legales para acceder a la sustitución de la asignación de retiro del fallecido Pedro Joaquín Lozano Fuentes, en calidad de cónyuge *supérstite*, particularmente, frente al requisito de convivencia efectiva con el causante, conforme a los lineamientos del artículo 47 de la Ley 100 de 1993 modificado por la Ley 797 de 2003, o si por el contrario le son aplicables las disposiciones del Decreto 4433 de 2004.

Con ese propósito, la Sala analizará la figura de la sustitución pensional, para lo cual se referirá al marco normativo y jurisprudencial aplicable y establecerá si le asiste razón a la reclamante, o si por el contrario, debe revocarse la decisión de primera instancia.

3.3. De la pensión de sobrevivientes y la sustitución pensional

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

En este orden de ideas, esta Sala de Subsección¹⁸, 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 pensión¹⁹.

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 2003,²⁰ tendrán derecho a la sustitución pensional, los miembros del grupo familiar del pensionado por vejez 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.

El artículo [47](#) de la norma en mención señala quienes son los beneficiarios y de acuerdo a ellos establece los requisitos para que se acceda al reconocimiento prestacional, en los siguientes términos:

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

a) En forma vitalicia, el cónyuge o la compañera permanente o supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga 30 o más años de edad. En caso de que la pensión de sobrevivencia se cause por muerte del pensionado, el cónyuge o la compañera permanente supérstite, deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y haya convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte.

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 [...]. (Negrilla de la Sala).

De los aludidos grupos de beneficiarios la Corte Constitucional resumió los requisitos que deben acreditar para el reconocimiento prestacional, en sentencia C- 336 de 2014²¹, 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.
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.
--	-----------------------	----------------	---

3.3.1. Derecho al reconocimiento de la sustitución pensional del cónyuge *supérstite* separado de hecho.

El literal b) del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 797 de 2003, consagra el derecho al reconocimiento de la sustitución pensional o reconocimiento de la pensión de sobrevivientes²² para el cónyuge *supérstite* separado de hecho, en los siguientes términos:

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

[...]

b)

[...]

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; [...]. (Subrayas y negrilla fuera de texto).

La Corte Constitucional declaró la exequibilidad de esta norma en la sentencia C-336 de 2014²³, en la cual determinó que el precepto en comento no violaba 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, dado que 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.

En esa oportunidad la Corte explicó 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». Al respecto indicó la Corte:

«[...]

Respecto al tipo de convivencia -en el caso de convivencia simultánea- la Corte puntualizó en la sentencia C-1035 de 2008 que no se trata de cualquier relación, sino que para determinar al beneficiario de la pensión de sobrevivientes, ésta debe reunir las siguientes condiciones:

(...) convivencia caracterizada por la clara e inequívoca vocación de estabilidad y permanencia, 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 y excluye de antemano las relaciones casuales, circunstanciales, incidentales, ocasionales, esporádicas o accidentales que haya podido tener en vida el causante, como tampoco se refiere a aquellas situaciones en las cuales el causante convivió con diversas personas de forma sucesiva (no simultánea), situación que tiene su regulación especial.

Ahora bien, en lo que respecta al tipo de convivencia objeto de esta providencia -no simultánea-, tan solo difiere de la anterior concepción en el momento de su consolidación, puesto que si bien es el compañero permanente quién debe acreditar de forma clara e inequívoca la vocación de estabilidad y permanencia con el causante durante los cinco años previos a su muerte, para caso del cónyuge *supérstite* con separación de hecho el quinquenio de la convivencia naturalmente deberá verificarse con antelación al inicio de la última unión marital de hecho.»

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 del 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 [...].».

Ahora bien, para Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia esa disposición busca dar la protección a quien acompañó al

pensionado, y quien le brindó asistencia económica o mantuvo el vínculo matrimonial hasta el momento de su muerte, pese a estar separados de hecho, siempre que la convivencia se haya dado por lo menos durante 5 años, sin que ello implique que deban satisfacerse previos al fallecimiento, sino en cualquier época, sin embargo aclaró:

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

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

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

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

Entonces, se hace necesario armonizar el contenido de la norma denunciada como interpretada erróneamente, con criterios de equidad y justicia, lo que implica un estudio particular en estos eventos extraordinarios, para determinar en qué casos se accede a la pensión según la parte motiva de esta providencia; en ese orden prosperan los cargos propuestos, por lo cual se casará en su totalidad la sentencia acusada.»²⁴

Como se aprecia, esa Corporación precisó que en esos casos los cinco años de convivencia para el cónyuge *supérstite*, separado de hecho, se pudieron configurar en cualquier época, no sólo previos a la muerte del causante, esto a efectos de proteger a quien junto con el causante conformaron un común proyecto de vida, que inclusive coadyuvó con su compañía y su fortaleza a que el trabajador construyera la pensión, se ve desprovista del sostén que aquel le proporcionaba, posición que venía manifestándose en la Corte con anterioridad²⁵.

Igualmente la Corte Constitucional ha considerado que en casos de sociedad conyugal no disuelta, donde no se demuestre la convivencia durante los últimos años, también procede el reconocimiento a la sustitución pensional, de acuerdo al tiempo convivido. Esto dijo esa Corporación²⁶:

«52. A partir de la jurisprudencia constitucional precitada, es posible concluir, primero, que se encuentra justificado, en el caso de simultaneidad de reclamaciones por parte de un compañero permanente y un cónyuge que no convivió los últimos años con el causante, pero con quien existe una sociedad anterior conyugal no disuelta, que se proceda al reconocimiento de la pensión, en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido y, segundo, que procede la acción de tutela como mecanismo transitorio de amparo, cuando se advierte que la suspensión de la sustitución pensional ocasiona la vulneración de derechos fundamentales, especialmente, de personas que gozan de una protección constitucional reforzada y, se constata que existe duda respecto del cumplimiento de los requisitos legales para acceder a la pensión.»

Resalta además la Subsección la valiosa conclusión a que arribó la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en fallo CSJ SL, 29 de noviembre de 2008, rad. 32393, según la cual, carecería de todo sentido que de una parte el legislador consagrara un derecho para quien «mantiene vigente la unión conyugal pero hay una separación de hecho», se le exigiera a esa misma persona la convivencia en los últimos cinco (5) años de vida del causante, cuando la separación de hecho significa que no hay convivencia.

A la anterior precisión esta Sala suma que siendo la sociedad conyugal uno de los efectos patrimoniales del matrimonio, que al no liquidarse impide la conformación de la sociedad patrimonial con el compañero(a) permanente, no pueden desconocerse sus efectos jurídicos al momento de la reclamación del reconocimiento de la sustitución pensional, en particular, cuando el cónyuge separado de hecho demuestra que hizo vida en común con el causante por lo menos durante cinco (5) años, en cualquier tiempo, sentido en el que debe interpretarse el inciso final del artículo 47 de la Ley 100 de 1993.

3.3.2. Regulación especial de la sustitución de la asignación de retiro, vigente al momento del deceso del causante

Entre los regímenes exceptuados de la aplicación de la Ley 100 de 1993²⁷, permitió la creación de regímenes especiales en materia de seguridad social para atender las condiciones exclusivas de los mismos²⁸. En el caso de las Fuerzas Militares, su régimen ha sido desarrollado principalmente por la Ley 923 de 1994²⁹ y el Decreto 4433 de 2004³⁰. En este último cuerpo normativo se estableció la «sustitución de la asignación de retiro» como equivalente de la pensión de sobrevivientes o sustitución pensional, previstas en el régimen general de pensiones³¹.

En cuanto a la definición legal de la sustitución de la asignación de retiro, el artículo 40 del Decreto 4433 de 2004, establece:

«A la muerte de un Oficial, Suboficial, alumno de la escuela de formación o Soldado de las Fuerzas Militares, Oficial, Suboficial, miembro del Nivel Ejecutivo, Agente o alumno de la escuela de formación de la Policía Nacional, en goce de asignación de retiro o pensión, sus beneficiarios en el orden y proporción establecidos en el artículo 11 del presente decreto, tendrán derecho a una pensión mensual que será pagada por la entidad correspondiente, equivalente a la totalidad de la asignación o pensión que venía disfrutando el causante».

Igualmente, el orden y la proporción en que recibirán los beneficiarios la sustitución de la asignación de retiro, se encuentra dispuesto en el parágrafo 2.º del artículo 11 del Decreto 4433 de 2004, en los siguientes términos:

«Parágrafo 2º. Para efectos de la sustitución de la asignación de retiro o de la pensión de invalidez, cuando exista cónyuge y compañero o compañera permanente, se aplicarán las siguientes reglas:

a) En forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente o supérstite. En caso de que la sustitución de la asignación de retiro o pensión de invalidez 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 inmediatamente anteriores 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 treinta (30) años de edad, y no haya procreado hijos con este. La sustitución de la asignación de retiro o de la pensión de invalidez 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 sustitución. Si tiene hijos con el causante se aplicará el literal anterior.

Si respecto de un titular de asignación de retiro o pensionado por invalidez 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 parágrafo, 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 o compañera o compañero permanente, la beneficiaria o el beneficiario de la sustitución de la asignación de retiro o de la pensión de invalidez o 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.» (Subraya fuera del original)

Ahora bien, el artículo 12 del Decreto 4433 de 2004 consagra los eventos en los cuales se pierde la condición de beneficiario, como son:

«[...]Se entiende que falta el cónyuge o compañero (a) permanente y por lo tanto se pierde el derecho a la pensión de sobrevivientes o a la sustitución de la asignación de retiro o de la pensión de invalidez, en cualquiera de las siguientes circunstancias, según el caso:

12.1 Muerte real o presunta.

12.2 Nulidad del matrimonio.

12.3 Divorcio o disolución de la sociedad de hecho.

12.4 Separación legal de cuerpos.

12.5 Cuando lleven cinco (5) o más años de separación de hecho» (Negrilla de la Sala).

Como se aprecia, la citada disposición incluye una causal de pérdida del derecho de acceso al reconocimiento de sustitución de la asignación de retiro, que va más allá de las previsiones establecidas por el régimen general, que permitió al (a) cónyuge supérstite separado (a) de hecho ser beneficiario (a) de la citada prestación cuando demuestra que hizo vida en común con el causante por lo menos durante cinco (5) años, en cualquier tiempo.

3.3.4. Aplicación de los principios de favorabilidad e igualdad como limitantes de los regímenes pensionales especiales

Tal como lo señaló la Sección Segunda de esta Corporación en sentencia de unificación 30 de mayo de 2019, en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho radicado 25000-23-42-000-2013-02235-01 (2602-2016), demandante: Flor Myriam Acosta Castañeda, se tiene que los regímenes pensionales especiales encuentran limitantes impuestas en virtud de la aplicación de principios superiores como la favorabilidad y igualdad.

El primero de ellos debe utilizarse «en las situaciones en las que se presenta duda sobre cuál es la disposición jurídica aplicable al momento de resolver un asunto concreto. La existencia de este conflicto se da cuando dos o más textos legislativos que se encuentran vigentes al momento de causarse el derecho que se reclama, son aplicables para su solución. En virtud del principio de favorabilidad se debe escoger, en su integridad, el texto normativo que le represente mayor provecho al trabajador, afiliado o beneficiario del Sistema de Seguridad Social, estando proscrita la posibilidad de aplicar parcialmente uno y otro texto para elegir de cada uno lo que resulta más beneficioso, condición que se conoce

como el principio de inescindibilidad o conglobamiento³²»³³.

En la citada decisión judicial se indicó que para la aplicación de este principio, es necesario que se cumplan las siguientes condiciones:

- La existencia de varias fuentes formales de derecho que regulen la misma situación fáctica.
- Que dichas fuentes se encuentren vigentes al momento de causarse el derecho.
- Que exista duda sobre cuál de ellas se debe aplicar.
- La fuente formal elegida debe aplicarse en su integridad.

-Puede aplicarse este principio cuando una norma admite más de una interpretación, caso en el cual siempre habrá de escogerse aquella que es más favorable al trabajador.

En lo referente al principio de igualdad en materia pensional la citada decisión judicial de unificación recordó que tanto la Corte Constitucional, como el Consejo de Estado han admitido que la existencia de regímenes especiales que ofrezcan un nivel de protección igual o superior al previsto por el general no vulnera el derecho a la igualdad y que dicho tratamiento diferenciado no resulta discriminatorio sino que favorece a sus destinatarios³⁴.

Por esto, quienes se encuentran beneficiados por aquellos regímenes especiales, en principio, deben acogerse en su totalidad a estos pues, aunque existan algunas prestaciones que no resulten tan favorables, es posible que estén contempladas otras disposiciones que permitan compensar ese tratamiento con otros beneficios³⁵. No obstante advirtió:

«[...] es viable que frente a una prestación en particular sea procedente el análisis de la transgresión del derecho a la igualdad por establecer un trato diferenciado que conlleve una desmejora evidente, de manera arbitraria y sin razón aparente, frente a quienes están afiliados al régimen general³⁶, pues la creación de dichas condiciones especiales busca ofrecer protección específica a algunos sujetos que desarrollan determinada labor, lo cual implica que no pueda ser menos beneficiosa que la prevista para el resto de la población. Tal discriminación se configura si se dan los siguientes presupuestos:

“(i) si la prestación es separable y (ii) la ley prevé un beneficio inferior para el régimen especial, sin que (iii) aparezca otro beneficio superior en ese régimen especial que compense la desigualdad frente al sistema general de seguridad social.

Sin embargo, en virtud de la especialidad de cada régimen de seguridad social, en principio éste es aplicable en su totalidad al usuario, por lo cual la Corte considera que estos requisitos deben cumplirse de manera manifiesta para que puede (sic) concluirse que existe una violación a la igualdad. Por consiguiente, (i) la autonomía y separabilidad de la prestación deben ser muy claras, (ii) la inferioridad del régimen especial debe ser indudable y (iii) la carencia de compensación debe ser evidente”³⁷ ».

3.5. Protección a la tercera edad

La Corte Constitucional ha reconocido que en materia de pensiones y salud las garantías de acceso tienen que ser más amplias para ellas³⁸, por lo que en los casos en los que el solicitante o afectado sea una persona de la tercera edad, implica por sí misma, el incremento de la vulnerabilidad del individuo³⁹, frente a quienes las autoridades deben obrar, dadas sus condiciones de debilidad manifiesta, interpretando el alcance de sus propias funciones con un criterio eminentemente protector, de tal forma que se materialice la intención del constituyente y se busque garantizar el goce de sus derechos constitucionales fundamentales.⁴⁰

Así, en materia de salud se ha precisado que:

«La Corte Constitucional ha estudiado en varias oportunidades y con ocasión de distintos temas la especial protección que tienen las personas de la tercera edad. Por ejemplo, en un caso en el que se pretendía el amparo del derecho a la salud de un adulto mayor, esta Corte sostuvo:

“Los adultos mayores necesitan una protección preferente en vista de las especiales condiciones en que se encuentran y es por ello que el Estado tiene el deber de garantizar los servicios de seguridad social integral a estos, dentro de los cuales se encuentra la atención en salud.

La atención en salud de personas de la tercera edad se hace relevante en el entendido en que es precisamente a ellos a quienes debe procurarse un urgente cuidado médico en razón de las dolencias que son connaturales a la etapa del desarrollo en que se encuentran”⁴¹ »⁴².

En temas pensionales la Corte ha recalcado que esta prestación está directamente ligada al mínimo vital, pero que en personas mayores adquiere una especial importancia en la medida en que puede afectar su vida en condiciones dignas y que es difícil que estas recurran a otras opciones para asegurar un ingreso que les permita vivir con suficiencia⁴³.

Para este caso, se encuentra probado que la señora Carmen Elisa Saavedra de Lozano cuenta con más de 87 años de edad⁴⁴; que desde el año 2013 se le suspendió el pago de la cuota alimentaria fijada a través de decisión judicial y se le excluyó del subsistema de salud de las Fuerzas Militares, razón que impone colegir que la demandante es sujeto de especial protección, quien se encuentra en un estado de debilidad manifiesta.

3.6. Caso concreto.

En el *sub lite* reclama la sustitución pensional la señora Carmen Elisa Saavedra de Lozano, quien alega su condición de cónyuge supérstite, con sociedad conyugal vigente, y quien manifestó que no convivió con el causante durante los años anteriores a su deceso, por el abandono de éste, cuando la dejó con sus dos hijos.

Al expediente se aportaron las siguientes pruebas:

§ Registro civil de matrimonio de los señores Pedro Joaquín Lozano Fuentes y Carmen Elisa Saavedra Betancurt, celebrado el 22 de abril de 1950. (f. 1)

§ Sentencia proferida por el Juzgado Veintinueve Civil Municipal de Bogotá de 31 de agosto de 1990, en la que se condena el señor Pedro Joaquín Lozano Fuentes al pago de alimentos a su cónyuge Carmen Elisa Saavedra Lozano, correspondientes al 40% de las mesadas que recibía de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares⁴⁵.

§ Certificado de defunción del señor Pedro Joaquín Lozano Fuentes, fallecido el 31 de marzo de 2013.

§ Resolución 7870 de 22 de noviembre de 2013⁴⁶ a través de la cual se le negó a la demandante la sustitución de la asignación de retiro y se declaró la extinción del derecho de la asignación de retiro del señor Pedro Joaquín Lozano Fuentes. Al efecto la entidad indicó que no se acreditó que hizo vida marital con el causante dentro de los 5 años anteriores a su muerte, conforme lo señala el artículo 11 del Decreto 4433 de 2005.

§ Comunicación del 6 de octubre de 2000 en la que el señor Pedro Joaquín Lozano Fuentes indicó a la Dirección de Sanidad de las Fuerzas Militares que la señora Carmen Elisa Saavedra de Lozano es su esposa y depende económicamente de él⁴⁷.

§ Declaraciones extrajudiciales de las señoras Misaelina Ramírez de Vergara y Alba Cecilia Espinosa Sánchez⁴⁸, quienes indicaron:

§ Que conocen a la demandante desde hace más de 40 años.

§ Conocen que el señor Pedro Joaquín Lozano Fuentes abandonó el hogar en 1964 con rumbo desconocido y hasta 5 años antes de su fallecimiento. A partir de allí la pareja llevó una relación amistosa y en ocasiones se quedaba en el apartamento de Carmen Elisa.

§ Por abandono de hogar la señora Carmen Elisa Saavedra de Lozano instauró demanda de alimentos en el Juzgado 4.º de Familia de Bogotá que condenó a Pedro Joaquín Lozano Fuentes a pagar como cuota el 40% sobre su asignación mensual.

§ A raíz del fallecimiento del causante se le suspendió el pago de la cuota alimentaria ordenada por el Juzgado 4.º de Familia, así como los servicios médicos, por lo que Carmen Elisa Saavedra de Lozano se encontraba en total abandono económico y de seguridad social.

De igual manera a folios 64 y s.s. obra copia del expediente prestacional expedido por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, donde figura como cónyuge la señora Carmen Elisa Saavedra. De igual manera a folio 71 de dicho expediente obra copia las declaraciones rendidas ante el Inspector de Policía de Usaquén rendidas por los señores José de Jesús Saavedra y Carlos Arturo Díaz en agosto de 1954, donde señalaron conocer de vista y de trato al señor Pedro Joaquín Lozano y a su esposa Carmen Elisa y que él «ha visto por su señora e hijo desde que se casaron y hasta la presente» y «siempre me he dado cuenta que ha cumplido con el deber de su hogar, lo quiero decir que siempre ha atendido a la subsistencia de ellos.»

De igual manera a folio 74 vto. obra oficio de 31 de enero de 1955, suscrito por el causante, dirigido al Ministro de Guerra, en el que señala que «autorizo a mi señora ESPOSA CARMEN ELISA SAAVEDRA DE LOZANO, identificada [...] para que cobre y se notifique del proyecto de resolución del expediente que cursa actualmente en su despacho y presente la cuenta de cobro correspondiente, para obtener las prestaciones a que creo tener derecho por mis servicios prestados al ramo de Guerra, como Sargento 2.º»

Ahora bien, como lo señaló el Tribunal no queda duda que la interrupción de convivencia no se produjo por causa de la demandante, sino por el abandono del causante, quien dejó su hogar pero sin pretender buscar la cesación de los efectos civiles del matrimonio o a la separación legal de cuerpos, sino que mantuvo la sociedad conyugal vigente.

Además, las declarantes señalaron que fue el causante quien dejó su hogar, siendo por tanto imposible para la señora Carmen Elisa Saavedra de Lozano continuar la vida en común y el cumplimiento de sus labores como esposa.

Ahora bien, como ya se indicó desde 1964 se prolongó la separación, siendo necesario que la demandante reclamara la ayuda económica del causante, que fue ordenada por decisión judicial, circunstancia que hace prever la necesidad de continuar con ese apoyo para preservar sus condiciones de vida.

En este sentido, se encuentra demostrado sin lugar a duda, alguna la convivencia de 5 años con el señor Pedro Joaquín Lozano Fuentes, la dependencia económica y que no pudo continuar con sus obligaciones de esposa por causas ajenas a ella, siendo dependiente de él hasta para su afiliación al sistema de seguridad social en salud de las Fuerzas Militares.

En este sentido, no puede desconocerse que el objetivo de esta prestación es que el beneficiario, una vez demostrados los requisitos, pueda contar con los medios suficientes para su adecuada subsistencia, así como proteger a la persona que le prestó asistencia y compañía al trabajador o a la persona pensionada hasta el momento de su fallecimiento, claro está, sin perjuicio del cónyuge que no lo pudo hacer por culpa del causante, situación que deberá probarse de manera inequívoca y en este caso el abandono del hogar por parte del señor Pedro Joaquín Lozano Fuentes quedó debidamente probado.

Se concluye entonces que, conforme el marco legal y jurisprudencial anotado en el acápite precedente, la norma favorable y aplicable al caso son los artículos 46 y 47 del régimen general o Ley 100 de 1993, que se encontraba vigente al momento del deceso del causante, por lo que es procedente el reconocimiento de la prestación a favor de la demandante, Carmen Elisa Saavedra de Lozano, en su condición de cónyuge *supérstite*, separada de hecho pero con unión vigente, quien probó la convivencia con Pedro Joaquín Lozano Fuentes durante al menos cinco años, así como la dependencia económica y finalmente, que no pudo continuar con sus obligaciones de esposa por causas ajenas a ella, situación que impone a la Sala confirmar la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, que accedió a las pretensiones de la demanda pero por los motivos expresados en esta providencia.

En lo que se refiere al segundo argumento de apelación propuesto por la entidad demandante según el cual de acceder a las pretensiones de la demanda solicita se modifique el restablecimiento del derecho, por cuanto en virtud de orden judicial ya canceló a la demandante medidas correspondientes a la sustitución de la asignación de retiro, junto con el correspondiente retroactivo.

Al respecto se advierte que en efecto, a través de la Resolución 2616 de 6 de abril de 2015⁴⁹ dictada por la entidad demandada, se dio cumplimiento a fallo de tutela de 25 de marzo de 2015 proferido por el Juzgado 18 Administrativo de Oralidad de Bogotá en la cual se reconoció y ordenó el pago de la sustitución de la asignación de retiro a la demandante desde el 31 de marzo de 2013.

Luego, mediante la Resolución 4785 de 9 de junio de 2015 se dio cumplimiento a la sentencia de 12 de marzo de 2015 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, que revocó la sentencia de 25 de marzo de 2015 y rechazó por improcedente el amparo solicitado. En el citado acto administrativo se indicó que la entidad canceló a la demandante \$65'910.522; ordenó la suspensión en el pago de la sustitución de la asignación retiro y además, dispuso que la señora Carmen Elisa Saavedra de Lozano debía reintegrar los dineros que le fueron entregados so pena de iniciar el proceso de cobro coactivo.

En esto coincide la Sala con la entidad y es que no puede ordenarse un doble pago por concepto de la sustitución de la asignación de retiro a favor de Carmen Elisa Saavedra de Lozano, por lo que el reconocimiento prestacional debe tener efectividad desde que fue suspendido el pago de la prestación mediante la Resolución 4785 de 9 de junio de 2015 que dio cumplimiento a la sentencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

En este sentido, se modificará el numeral segundo de la sentencia de 30 de noviembre de 2018 proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia frente a los términos del reconocimiento pensional y además para ordenar que la demandante sea afiliada de manera inmediata⁵⁰ al Subsistema de Salud de las Fuerzas Militares en atención a los graves padecimientos de salud que le aquejan, como lo demuestra la historia clínica allegada a folios 16 y siguientes.

3.7. De la condena en costas

En aplicación de lo dispuesto en el artículo 188 del cpaca, se permite la condena cuando la parte ha sido vencida en el proceso y en éste no se ventile un interés público, sin necesidad de probarse una actitud temeraria o de mala fe por parte de quien resulta condenado.

Ahora bien, sobre los criterios para condenar en costas esta Sección ya se ha pronunciado⁵¹, resaltando las siguientes conclusiones básicas:

«La legislación varió del C.P.C. al CPACA para la condena en costas de un criterio subjetivo a uno objetivo-valorativo;

Toda sentencia “dispondrá” sobre costas, bien sea con condena total o parcial o con abstención;

Se requiere que en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación (como sucede con el pago de gastos ordinarios del proceso y con la actividad profesional realizada dentro del proceso)

La cuantía de la condena en agencias en derecho se hará atendiendo el criterio de la posición en la relación laboral, pues varía según sea parte vencida, si es el empleador o si es el trabajador (Acuerdo 1887 de 2003 Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura), la complejidad e intensidad de la participación procesal; y,

Las estipulaciones de las partes en materia de costas se tendrán por no escritas».

Advierte la Sala que es procedente acceder a la condena en costas y agencias en derecho en casos como el que acá se discute, toda vez que a la parte demandada se le resolvió de manera desfavorable el recurso de apelación, y se generó la intervención del apoderado de la demandante durante la segunda instancia. Éstas se liquidarán por la Secretaría del Tribunal Administrativo de Antioquia.

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

FALLA

PRIMERO.- CONFIRMAR la sentencia de 30 de noviembre de 2018, proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, a través de la cual se accedió a las pretensiones de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho interpuesta por la señora Carmen Elisa Saavedra de Lozano contra la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, de conformidad con las razones expuestas en la parte considerativa de esta providencia, salvo el numeral segundo que se MODIFICA. En su lugar quedará así:

«SEGUNDO. Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, se ordena a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares a reconocer y pagar la sustitución de la asignación de retiro que percibía el señor Pedro Joaquín Lozano Fuentes, a favor de la señora CARMEN ELISA SAAVEDRA DE LOZANO, con efectividad a partir de la fecha en que se suspendió el pago de la prestación en virtud de la Resolución 4785 de 9 de junio de 2015. De manera inmediata⁵² deberá afiliarse a la señora Carmen Elisa Saavedra de Lozano al Subsistema de Salud de las Fuerzas Militares».

SEGUNDO.- CONDENAR en costas y agencias en derecho de segunda instancia a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, según las consideraciones expresadas en este fallo. Liquídense por la Secretaría del Tribunal Administrativo de Antioquia.

TERCERO.- DEVOLVER el expediente al Tribunal de origen.

CUARTO.- Efectuar las anotaciones correspondientes en el programa «Justicia Siglo XXI» y ejecutoriada esta providencia devolver el expediente al Tribunal de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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

GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ

WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ

RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS

NOTAS DE PIE DE PÁGINA:

1. ff.39 y s.s.

2. Ff. 94 y s.s.

3. A folios 48 y s.s

4. F. 135.

5. ff. 139 y s.s. CD folio 149).

6. Según el acta escrita que obra a folio 141 vto.

7. Ff. 143 vto.

8. Ff. 152 y s.s.

9. Ff. 150 y s.s.

10. Ff.95 y s.s. ibidem.

11. Ff. 103 y s.s. Cdno. 1.

12. Por la cual declaró la exequibilidad del inciso 3.^o del artículo 47 de la Ley 100 de 1993.

13. F. 185 y s.s.

14. Ff. 207 y s.s.

15. F. 212 Vto.

16. F. 226.

17. F.232

18. Consejo de Estado - Sección Segunda - Subsección A. Sentencia de 9 de noviembre de 2017. Consejero Ponente: William Hernández Gómez.

19. Sentencia T-564 de 2015.

20. “[...] 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 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 [...]” (Se subraya).

21. Con ponencia del Magistrado Mauricio González Cuervo.

22. Según corresponda.

23. Corte Constitucional. Sentencia del 4 de junio de 2014. Magistrado ponente: Mauricio González Cuervo. Referencia expediente: D-9910.

24. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, sentencia de 10 de mayo de 2017, SL6519-2017, Radicación 57055

25. Acá se reitera lo que se venía diciendo que Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, sentencia de 24 de enero de 2012, rad. 41637.

26. Sentencia T- 164 de 2016. Magistrado ponente Alejandro Linares Cantillo

27. Constitución (literal e), numeral 19, artículo 150.

28. Ver la Sentencia C-835/02, (M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra)

29. «Mediante la cual se señalan las normas, objetivos y criterios que deberá observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública de conformidad con lo establecido en el artículo 150, numeral 19, literal e) de la Constitución Política».

30. «por medio del cual se fija el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública».

31. La Corte Constitucional ha entendido la asignación de retiro como una modalidad de prestación social que se asimila a la pensión de vejez y que goza de un cierto grado de especialidad (en requisitos), atendiendo la naturaleza especial del servicio y las funciones que cumplen los servidores públicos a quienes se les reconoce. Sentencia C-432/04, magistrado ponente: Rodrigo Escobar Gil.

32. Entre otras, ver sentencias de la Corte Constitucional T-001 de 1999, T-290 de 2005, T-599 de 2011, T- 350 de 2012, T-831 de 2014.

33. Subrayas de la Sala

34. Ver, entre otras, sentencia de la Corte Constitucional C-461 de 1995 y providencia de la Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 17 de febrero de 2017, radicación: 170012333000201300133 01 (0274-2014), actor: Mía Gladys Toro de Ramírez.

35. Sentencia C-956 de 2001.

36. Ibidem.

37. Sentencia T-167 de 2011.

38. Así lo ha reconocido la Corte Constitucional en múltiples decisiones, recientemente en las sentencias T-606 de 2016, T-383 de 2015, T-728 de 2014, T-266 de 2014 y T-025 de 2014.

39. En tal sentido la Corte dijo en la Sentencia T-668 de 2007, lo siguiente:

"...en ciertos casos el análisis de la procedibilidad de la acción en comento deberá ser llevado a cabo por los funcionarios judiciales competentes con un criterio más amplio, cuando quien la interponga tenga el carácter de sujeto de especial protección constitucional -esto es, cuando quiera que la acción de tutela sea presentada por niños, mujeres cabeza de familia, discapacitados, ancianos, miembros de grupos minoritarios o personas en situación de pobreza extrema. En estos eventos, la caracterización de perjuicio irremediable se debe efectuar con una óptica, si bien no menos rigurosa, sí menos estricta, para así materializar, en el campo de la acción de tutela, la particular atención y protección que el Constituyente otorgó a estas personas, dadas sus condiciones de vulnerabilidad, debilidad o marginalidad".

40. Sentencia T-719 de 2003.

41. Sentencia T-540 de 2002.

42. Sentencia T-342 de 2014.

43. La Corte ha protegido y señalado el fundamento constitucional de la prevalencia del derecho al mínimo vital de las personas de la tercera edad al mínimo vital en numerosas sentencias, entre las cuales se pueden citar, a título de ejemplo, las siguientes: T-484 de 1997, T-107 de 1998, T-120A de 1998, T-169 de 1998, T-221 de 1998, T-364 de 1998, T-020 de 1999, T-126 de 2000, T-264 de 2000, T-282 de 2000, T-542 de 2000, T-588 de 2000, T-719 de 2000, T-018 de 2001, T-1101 de 2002, T-027 de 2003, T-744 de 2003, T-391 de 2004 y T-249 de 2005.

44. Como se aprecia de copia de la cédula de ciudadanía obrante a folio 1 vto., que indica que la accionante nació el 16 de abril de 1932.

45. Ff. 7 y 8.

46. Ff. 31 y 32

47. F. 35

48. Ff. 36 y 36

49. Ff. 121 vto.

50. Con efectividad al día siguiente de la notificación de ésta providencia.

51. Sobre el particular: Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección A. Sentencia de 3 de marzo de 2016. Rad. 25000-23-42-000-2012-01460-01 (1753-2014). En el mismo sentido: Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección A. sentencia de 7 de abril de 2016. Rad. 13001-23-33-000-2013-00022-01 (1291-2014).

52. Con efectividad al día siguiente de la notificación de ésta providencia.