

**Función Pública**

Sentencia 00482 de 2012 Consejo de Estado

PENSION DE SOBREVIVIENTE – Reconocimiento. Requisitos / PENSION DE SOBREVIVIENTE – Reconocimiento no se afecta por la separación de bienes o liquidación de la sociedad conyugal

No desconoce la Sala que Martha Judith y Publio Ernesto demandaron la cesación de los efectos civiles de su matrimonio católico la cual fue decretada mediante sentencia de 9 de diciembre de 2002 por el Juzgado Cuarto de Familia de Tunja, y en consecuencia que entre la pareja Mora Hernández existió “separación de bienes y liquidación de la sociedad conyugal”, sin embargo, aquella situación desapareció como causal de pérdida del derecho a la sustitución pensional, desde la expedición de la sentencia de julio 8 de 1993, que anuló dicha expresión, contenida en el Decreto 1160 de junio 2 de 1989, por el cual se reglamentó parcialmente la Ley 71 de 1988. En el asunto bajo estudio, no puede deducirse que la sentencia de cesación de efectos civiles del matrimonio puso fin a la convivencia en pareja, cuando la prueba testimonial y documental llevan a una conclusión distinta, pues a pesar de esa providencia permanecieron juntos, con un trato de esposos y no puede exigir la Entidad que con posterioridad a ella la actora demuestre 5 años más de convivencia con el causante como compañera permanente como si se tratara de una relación distinta, como lo sugiere la Entidad apelante, pues se trata de la prolongación de la unión inicial.

NOTA DE RELATORIA: Sobre la nulidad de la expresión “cuando se haya disuelto la sociedad conyugal o exista separación legal y definitiva de cuerpos del artículo 7 del Decreto 1160 de 1989, Consejo de estado, Sección Segunda sentencia de 8 de julio de 1993, Rad. 4583, M.P., Clara Forero de Castro.

FUENTE FORMAL: DECRETO 1160 DE 1989 – ARTICULO 7 / LEY 71 DE 1988

PENSION DE JUBILACION DE EMPLEADO DE LA RAMA JUDICIAL Y DEL MINISTERIO PÚBLICO – Liquidación. Factores Bonificación por servicios

El Decreto 717 de 1978 señala algunos factores de salario, no obstante, debe tenerse en cuenta que también consagra una regla general: además de la asignación mensual fijada por la ley para cada empleo, constituyen factores de salario todas las sumas que habitual y periódicamente recibe el funcionario o empleado como retribución de sus servicios. La bonificación por servicios y las primas de navidad, servicios y vacaciones deben ser incluidas como factores salarial para efectos pensionales se deben incluir en 1/12 parte, pues dichos valores se reconocen y pagan al empleado cada vez que éste cumpla un año de servicio, razón por la que le asiste razón al Tribunal al señalar que la Bonificación por servicios debe tenerse en cuenta para el cálculo de la pensión en forma proporcional.

FUENTE FORMAL: DECRETO 546 DE 1971 / DECRETO 717 DE 1978 – ARTICULO 12

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

SUBSECCION “A”

Consejero ponente: ALFONSO VARGAS RINCON

Bogotá, D.C., cinco (5) de septiembre de dos mil doce (2012)

Rad. No.: 15001-23-31-000-2007-00482-01(0508-11)

Actor: MARTHA JUDITH HERNÁNDEZ ROA

Demandado: CAJA NACIONAL DE PREVISION SOCIAL

AUTORIDADES NACIONALES

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de 28 de julio de 2010, proferida por el Tribunal Administrativo de Boyacá.

ANTECEDENTES

Martha Judith Hernández Roa por intermedio de apoderado y en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 85 del C.C.A., demandó del Tribunal Administrativo de Boyacá, la nulidad de la Resolución No. 003846 de 31 de enero de 2006, suscrita por la Asesora de la Gerencia General de la Caja Nacional de Previsión Social, por la cual le negó el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes y la reliquidación de la mesada pensional, y de la Resolución 09635 de 27 de octubre del mismo año mediante la cual la Jefe de Oficina Asesora Jurídica de la misma entidad que confirmó la anterior.

Como consecuencia de lo anterior, solicita se ordene a la a la Entidad demandada reconocer y pagar la pensión de sobrevivientes a favor de la actora en condición de cónyuge sobreviviente de Publio Ernesto Mora Ramírez, desde el 27 de febrero de 2004, reliquidada con base en todos los factores salariales de la asignación más elevada percibida por el causante durante el último año de servicios, y el pago de las diferencias causadas sobre lo pagado antes del fallecimiento (26 de febrero de 2004).

Que a la sentencia se dé cumplimiento en los términos de los artículos 176 a 178 del Código Contencioso Administrativo y que se condene en costas a la demandada.

Como hechos en que fundamenta sus pretensiones, señala:

Martha Judith Hernández Roa contrajo matrimonio con el señor Publio Ernesto Mora Ramírez el 13 de enero de 1977, en la ciudad de Tunja, unión producto de la cual procrearon a Daniel Augusto Mora Hernández.

El 3 de diciembre de 2002 la actora y su esposo solicitaron ante el Juzgado Cuarto de Familia de Tunja la cesación de los efectos civiles de su matrimonio católico por mutuo consentimiento, la cual fue concedida mediante sentencia de 9 de diciembre de 2002.

No obstante lo anterior, la pareja continuó conviviendo bajo el mismo techo hasta el fallecimiento del señor Publio Ernesto Mora, comportándose siempre como cónyuges, haciendo caso omiso a la cesación de efectos civiles del matrimonio católico y no tramitaron la liquidación de la sociedad conyugal.

Publio Ernesto Mora Ramírez prestó sus servicios al Estado en la Rama Judicial desde el 18 de marzo de 1980 hasta el 30 de diciembre de 2003, es decir por más de 20 años, el último cargo que desempeñó fue Juez Segundo de Menores Grado 17, en Tunja. Una vez acreditó los requisitos legales, la Caja Nacional de Previsión Social le reconoció mediante Resolución 15620 de 20 de agosto de 2003 pensión mensual de vejez, a partir de 1° de agosto de 2002, condicionada a demostrar su retiro del servicio, el cual se verificó el 30 de diciembre de 2003.

En la liquidación de la prestación la entidad de previsión social solamente tuvo en cuenta la asignación básica, la bonificación por servicios, la prima especial y gastos de representación, excluyendo la prima de servicios, prima de vacaciones y prima de navidad, con desconocimiento de lo establecido por el Decreto 546 de 1971.

Publio Ernesto Mora Ramírez falleció en Bogotá el 26 de febrero de 2004. Posteriormente, el 2 de junio de 2005, Martha Judith Hernández Roa en calidad de cónyuge sobreviviente solicitó el reconocimiento y pago de la pensión de sobreviviente y la reliquidación de la mesada.

La Caja Nacional de Previsión Social a través de la Resolución 003846 de 31 de enero de 2006 negó la petición, argumentando la cesación de efectos civiles del matrimonio católico entre la actora y el causante, y no se pronunció en relación con la reliquidación de la mesada, decisión que fue confirmada por la Resolución 09635 de 27 de octubre de 2006 que resolvió el recurso de reposición contra la anterior.

Normas Violadas.- Citó las siguientes:

- Artículos 4, 13, 25, 29, 48, 53 y 58 de la Constitución Política
- Ley 6 de 1945
- Decreto Ley 1600 de 1945
- Ley 171 de 1961
- Ley 33 de 1985
- Ley 62 de 1985
- Ley 71 de 1988
- Artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003
- Decreto 546 de 1971

Expresa la parte actora que al negarle el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, la Caja Nacional de Previsión Social incurrió en causal de nulidad al hacer una interpretación errónea y dar aplicación contraria a las normas que rigen la materia, con la finalidad de afectar sus derechos ciertos, indiscutibles e irrenunciables.

Si la demandada no reconoce el derecho pensional a favor de la actora, se configuraría un enriquecimiento sin causa, puesto que la Caja Nacional de Previsión Social sí recibió las cotizaciones del causante por más de 20 años.

De acuerdo con la jurisprudencia ni la disolución de la sociedad conyugal ni la separación legal y definitiva de cuerpos hacen desaparecer el vínculo matrimonial, y en consecuencia por ese solo hecho no se pierde el derecho a la sustitución pensional, lo que sí sucedería en caso de que el cónyuge supérstite haya sido el culpable de la separación.

En esas condiciones a la actora se le debe reconocer el derecho que reclama a la sustitución pensional de su fallecido esposo, puesto que acredita los requisitos establecidos por la Ley 100 de 1993.

Ahora bien, en relación con la reliquidación de la mesada que solicita manifiesta que el Decreto 546 de 1971 (aplicable al causante por haber sido servidor público de la Rama Judicial) prevé que tiene derecho a una pensión ordinaria equivalente al 75% de la asignación mensual más elevada que hubiera devengado en el último año de servicios.

Por su parte el Decreto 717 de 1978 prevé algunos factores de salario para la Rama Judicial y el Ministerio Público, los cuales no pueden tomarse de manera taxativa, pues de hacerlo quedaría sin sentido la expresión "*la asignación más elevada*" para efectos de calcular la liquidación pensional, por ello deben tenerse en cuenta todas aquellas sumas que el trabajador reciba habitual y periódicamente, y así lo ha admitido la jurisprudencia.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo de Boyacá mediante sentencia de 28 de julio de 2010 accedió a las pretensiones de la demanda, declarando la nulidad de los actos demandados.

Como consecuencia de los anterior ordenó a la Caja Nacional de Previsión Social reconocer y pagar a favor de la demandante la sustitución pensional a partir del 1° de enero de 2004, con efectos fiscales a partir del 26 de febrero de 2004, liquidada sobre el 75% de todo lo devengado por el causante durante el último año de servicios incluyendo como factores de liquidación: salario básico, prima especial, bonificación por servicios, prima de servicios, prima de vacaciones y prima de navidad con aplicación de los reajustes de ley.

Para adoptar la decisión en tal sentido, consideró el Tribunal que el régimen aplicable en materia de pensión de pensión de sobrevivientes es el contenido en la Ley 100 de 1993, norma vigente para el fallecimiento de Publio Ernesto Mora Ramírez y que no excluye de su aplicación a los servidores de la Rama Judicial, no obstante la pensión de jubilación fue reconocida bajo el amparo de los Decretos 546 de 1971 y 717 de 1978.

Si bien los medios probatorios demuestran que en virtud de la sentencia de 9 de diciembre de 2002 del Juzgado Cuarto de Familia de la Ciudad Tunja, cesaron los efectos civiles del matrimonio civil de Publio Ernesto Mora Ramírez y Martha Judith Hernández Roa, lo cierto es que de acuerdo con los testimonios y otros documentos aportados, la convivencia y auxilio mutuo de la pareja se prolongó hasta el deceso del causante.

En esas condiciones le asiste el derecho a la demandante a que se le reconozca la sustitución pensional que reclama.

En relación con la solicitud de reliquidación de la pensión, estimó que los factores que debieron tenerse en cuenta para el cálculo de la prestación de acuerdo con los Decretos 546 de 1971 y 717 de 1978, son todos los devengados durante el último año de servicios, de acuerdo con la jurisprudencia que sobre el particular ha proferido el Consejo de Estado, toda vez que el actor se encontraba en régimen de transición de la Ley 100 de 1993 y en consecuencia se le debe aplicar el régimen del que venía gozando de forma integral.

Sin embargo, el pago de las diferencias que se causen solamente se debe hacer desde la fecha del fallecimiento del causante, pues el derecho a percibir la pensión nació para la demandante con la muerte del beneficiario, y las sumas causadas con anterioridad a esa fecha tenían como titular al pensionado o a sus herederos a quienes corresponde reclamar esas sumas de dinero.

RAZONES DE LA APELACIÓN

La parte demandada impugnó la sentencia apelada, con fundamento en las siguientes razones de inconformidad:

El Tribunal Administrativo de Boyacá incurrió en violación del principio de congruencia, pues lo pretendido por la parte actora es el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes en calidad de cónyuge supérstite de Publio Ernesto Mora Ramírez, misma cuestión que fue objeto de controversia en sede administrativa. Sin embargo, el fallo de primera instancia reconoció la calidad de pensión de sobrevivientes en calidad de compañera permanente a la demandante cuestión que no fue discutida, ni durante el procedimiento administrativo en el cual no aportó la sentencia de divorcio, sino que solo adjuntó el registro de matrimonio sustentando la calidad de esposa, pero no de compañera permanente.

En esas condiciones la entidad no tuvo la posibilidad de pronunciarse respecto de dicha condición, en sede administrativa ni judicial. Siendo así, el Tribunal Administrativo modificó la demanda para ajustarla a las suyas, lo cual corresponde a un fallo *extra petita*, situación que desequilibra el proceso y desconoce los principios de imparcialidad e igualdad que debe orientar las actuaciones judiciales, argumento suficiente para revocar la sentencia impugnada.

De otra parte indica que en el presente asunto no se cumple ninguno de los presupuestos legalmente establecidos para reconocerle a la demandante la pensión de sobrevivientes, ni en calidad de esposa ni como compañera permanente del causante. Para el efecto señaló que en la elaboración de los indicios tenidos en cuenta para acceder a las pretensiones, omitió el Tribunal exponer la regla de la sana crítica aplicada y el hecho indicado, aspectos por los cuales no puede tenerse como probada la unión marital de hecho.

No se demostró el lazo de afecto entre Publio Mora y Martha Judith Hernández luego de la sentencia de divorcio, ni la ayuda mutua y desinteresada de la actora, tan solo un simple y circunstancial acompañamiento social de quienes fueron esposos, pero no una vida en pareja, tal y como se desprende los testimonios practicados en el proceso.

De los testimonios se concluye que la pareja no compartía habitación y que no cohabitaban, aspecto relevante cuando se trata de establecer si eran compañeros permanentes.

La sentencia de divorcio demuestra que no existía un lazo de afecto y los testimonios revelan que el señor Publio no compartía el lecho con la actora.

No se demostró que los gastos de atención hospitalaria del señor Publio Ernesto Mora sufragados por Martha Judith Hernández, correspondieran a recursos propios de esta última y por el contrario de la evidencia que obra en el plenario se infiere que ella y su hijo administraban los ahorros del pensionado.

En relación con el manejo de los asuntos financieros del causante durante su enfermedad la experiencia demuestra que ante el interés de beneficiarse de la prestación para que la “*pensión no se pierda*” y en consideración a que el causante ya se encontraba en un estado de mínima conciencia lo hizo para obtener el beneficio.

El hecho de que ella solo aportara con la solicitud el registro civil de matrimonio, haciéndolo valer ante la entidad con el fin de inducir a CAJANAL a creer que eran esposos, es un indicio que no puede eludirse como lo hizo el Tribunal, pues como lo indica la misma regla de la experiencia “*las*

personas hacen hasta lo imposible para que no se pierda la pensión”.

En gracia de discusión, de aceptar que la demandante era la compañera permanente del causante, lo cierto es que no acreditó el requisito de 5 años de convivencia como tal, pues el tiempo anterior a la sentencia de cesación de efectos civiles del matrimonio católico, lo hizo como esposa.

En relación con la reliquidación de la mesada manifestó que el Tribunal no se ocupó de establecer las normas con fundamento en las cuales se deduce que el régimen de los empleados de la Rama Judicial es especial, pues no es cierto que la Ley 100 de 1993 haya mantenido la vigencia de regímenes especiales, y las únicas excepciones para la aplicación de la de mencionada norma son las consagradas en el artículo 279.

El ingreso base de cotización debe ser establecido en los términos establecidos por las normas que rigen el Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, incluso para los beneficiarios del régimen de transición, para lograr así la sostenibilidad del sistema.

A lo anterior agrega, que el Decreto 546 de 1971 no estableció los factores salariales a tener en cuenta para establecer el ingreso base de liquidación motivo por el cual no podía citarse como fundamento de la fijación de la mesada pensional.

Solicita que se cambie el precedente jurisprudencial, por haberse presentado un cambio legislativo y social, pues no se han tenido en cuenta las razones que llevaron a la modificación del régimen pensional, a lo que se agrega la evidente crisis de los recursos destinados al pago de pensiones situación que hace necesario que se liquide atendiendo los valores sobre los cuales se hicieron las respectivas cotizaciones.

Para resolver, se

CONSIDERA

El problema jurídico se contrae a establecer si Martha Judith Múnera Arboleda, tiene derecho al reconocimiento y pago de la sustitución pensional del señor Publio Ernesto Mora Ramírez, en los términos de la Ley 100 de 1993, teniendo en cuenta que fue proferida sentencia judicial que decretó la cesación de efectos civiles del matrimonio católico, y si la pensión debe reliquidarse con inclusión de los factores salariales percibidos en la asignación salarial más alta devengada en el último año de servicios.

Para efecto de decidir lo relativo al derecho a la sustitución pensional de la señora Martha Judith Hernández Roa, se tiene lo siguiente:

La Ley 33 de 1973 previó el derecho a la sustitución pensional a favor de la viuda. Por su parte, la Ley 12 de 1975 preceptuó en su artículo 1º que el cónyuge supérstite o la compañera permanente de un trabajador particular o de un empleado o trabajador del sector público, tendrían derecho a la pensión de jubilación si éste falleciere.

Posteriormente, la Ley 71 de 1988 determinó que se extendían las previsiones de la sustitución pensional en forma vitalicia al cónyuge o a la compañera (o) permanente que dependiera económicamente del pensionado.

Por su parte, el Decreto 1160 de 1989, en su artículo 7º, estableció las circunstancias por las cuales el cónyuge sobreviviente perdía el derecho a la sustitución pensional, así:

El cónyuge sobreviviente no tiene derecho a la sustitución pensional, cuando se haya disuelto la sociedad conyugal o exista separación legal y definitiva de cuerpos o cuando en el momento del deceso del causante no hiciera vida en común con él, salvo el caso de hallarse en imposibilidad de hacerlo por haber abandonado éste el hogar sin justa causa o haberle impedido su acercamiento o compañía, hecho este que se demostrará con prueba sumaria.

El cónyuge sobreviviente pierde el derecho de la sustitución pensional que éste disfrutando, cuando contraiga nupcias o haga vida marital.

La Sección Segunda del Consejo de Estado, mediante fallo de 8 de julio de 1993, expediente No. 4583, con ponencia de la Dra. Clara Forero de Castro, declaró nula la frase “cuando se haya disuelto la sociedad conyugal o exista separación legal y definitiva de cuerpos”, por considerar que las leyes sobre sustitución pensional prescriben la pérdida del derecho a la sustitución pensional cuando por culpa del cónyuge sobreviviente cesa la convivencia, o ha contraído nuevas nupcias o hace vida marital, o le impidió el acercamiento al hogar.

Mediante fallo del 31 de mayo de 1995, expediente No. 8173 con ponencia de la Dra. Dolly Pedraza de Arenas, dijo la Sala:

Esta Sección del Consejo de Estado mediante sentencia calendada el 8 de julio de 1993, recaída en el proceso número 4583. Actora: Alba Lucía Carvajal y otros. Consejero ponente: doctora Clara Forero de Castro, declaró la nulidad de la expresión “cuando se haya disuelto la sociedad conyugal o exista separación legal y definitiva de cuerpos” del artículo 7° del Decreto 1160 de 1989, por el cual se reglamentó parcialmente la ley 71 de 1988, artículo cuyo texto en su integridad es del siguiente tenor:

Pérdida del derecho del cónyuge sobreviviente. El cónyuge sobreviviente no tiene derecho a la sustitución pensional, cuando se haya disuelto la sociedad conyugal o exista separación legal y definitiva de cuerpos o cuando en el momento del deceso del causante no hubiere vida en común con él, salvo el caso de hallarse en imposibilidad de hacerlo por haber abandonado éste el hogar sin justa causa o haberle impedido su acercamiento o compañía, hecho éste que se demostrará con prueba sumaria.

El cónyuge sobreviviente pierde el derecho de la sustitución pensional que éste disfrutando, cuando contraiga nupcias o haga vida marital”.

En esa oportunidad se hizo el siguiente razonamiento a efecto de fundamentar aquella decisión:

“Observa la Sala que efectivamente, la ley reglamentada no establece la disolución de la sociedad conyugal ni la separación definitiva de cuerpos como causales para que el cónyuge sobreviviente pierda el derecho a la sustitución pensional.

Tampoco está señalada ninguna de esas causales de pérdida del derecho en las leyes 33 de 1973, 12 de 1975, 44 de 1980 y 113 de 1985, cuyas previsiones en materia de sustitución pensional - por mandato del artículo 3° de la Ley 71 de 1988 - se extienden en forma vitalicia “al cónyuge supérstite o compañero o compañera permanente, a los hijos menores o inválidos, a los padres o hermanos inválidos que dependan económicamente del pensionado...”, en los términos allí mismo establecidos.

Como dice la Doctora Agente del Ministerio Público, lo que las leyes antes mencionadas determinan es la pérdida del derecho a la sustitución pensional cuando por culpa del cónyuge reclamante no hubieren vivido unidos en la época del fallecimiento, o cuando hubiere contraído nuevas nupcias o haga vida marital.

Ni la disolución de la sociedad conyugal ni la separación legal y definitiva de cuerpos hacen desaparecer el vínculo matrimonial, que es el que debe estar vigente al momento de la muerte, según la ley colombiana, para tener la calidad de cónyuge supérstite y hacerse acreedor a la sustitución pensional como tal.

Cosa distinta es, que el cónyuge supérstite haya sido el culpable de la separación definitiva o haga vida marital con otra persona; caso en el cual será estas circunstancias las que impidan la sustitución, mas no el solo hecho de la separación de bienes o cuerpos.

Es necesario tener en cuenta que el parágrafo del artículo 1º. de la ley 44 de 1980, que trata de los pasos a seguir para que un pensionado

facilite el traspaso de su pensión en caso de muerte, advierte: El hecho de que el pensionado no hubiere revocado antes de su fallecimiento el nombre de su cónyuge, establece en favor de éste la presunción legal de no haberse separado de él por su culpa”.

Conviene recordar, por último, que sobre la primera parte de la expresión demandada - “cuando se haya disuelto la sociedad conyugal” - la Sala se pronunció en auto de mayo 20 de 1992, con ponencia del Consejero Doctor Alvaro Lecompte Luna (Expediente 6640. Actor Darío Vallejo Jaramillo) y que en aquella oportunidad, tras un detenido estudio del caso controvertido, se decretó la suspensión provisional de la frase aludida.

Así las cosas, es evidente que se excedió la potestad reglamentaria y que las expresiones acusadas deben por ello anularse”.

Como quiera que el demandante a través del ejercicio de la presente acción pretendía obtener idéntica declaración respecto de la expresión que en tal virtud desapareció del ámbito jurídico, habrá de estarse a lo ya decidido por la jurisdicción contencioso administrativa sobre el particular.

Posteriormente entró a regir la Ley 100 de 1993, que en el artículo 47 modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, vigente para la fecha de fallecimiento, señaló a los beneficiarios de la pensión de sobrevivencia, así:

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;¹

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.² 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 años³; 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, los hijos inválidos si dependían económicamente del causante, esto es, que no tienen ingresos adicionales, mientras subsistan las condiciones de invalidez. Para determinar cuando 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 este;

d. A falta de cónyuge, compañero o compañera permanente, padres e hijos con derecho, serán beneficiarios los hermanos inválidos⁴ 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 desprende de la norma transcrita que, para acceder a la pensión de sobrevivencia, la cónyuge o compañera permanente, deberá acreditar el cumplimiento de los siguientes presupuestos:

- Que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y
- Que convivió con el fallecido, no menos de cinco años continuos con anterioridad a su muerte.

Con base en lo anterior, se entrará a estudiar el fondo del asunto.

En el plenario se encuentra acreditado lo siguiente:

El 19 de diciembre de 1976 Publio Ernesto Mora y Martha Judith Hernández Roa contrajeron matrimonio en la ciudad de Tunja por el rito católico (folio 32 cuaderno 1).

Mediante Resolución No. 15620 de 20 de agosto de 2003 la Caja Nacional de Previsión Social reconoció la pensión de jubilación efectiva a partir del 1° de agosto de 2002 y su pago fue condicionado a cuando el beneficiario acreditara el retiro del servicio. Como normas aplicables se invocaron el Decretos 546 de 1971, 01 de 1984, Ley 100 de 1993 y el Decreto 1158 de 1994.

Mediante Acuerdo 042 de 9 de octubre de 2003 el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja aceptó la renuncia de Publio Ernesto Mora Ramírez a partir del 1 de enero de 2004.

Obra a folio 28 del cuaderno 1 certificación detallada de pagos de Publio Ernesto Mora desde agosto de 2002 hasta diciembre de 2003.

El 26 de febrero de 2004 Publio Ernesto Mora falleció en Bogotá D.C. (folio 33 cuaderno 1).

Obra a folios 34, 35 del cuaderno 1, declaración extra proceso de la señora Susana Rey Buitrago y Cecilia Martínez de Schimmer quienes el 27 de abril de 2005 afirmaron que tuvieron conocimiento que pese a la sentencia de divorcio dictada en diciembre de 2002 nunca tuvo efectos, puesto que continuaron conviviendo en la misma casa, no disolvieron la sociedad conyugal y la actora sufragó sus gastos y estuvo al tanto hasta su muerte.

Mediante Resolución No. 16326 de 25 de enero de 2006 CAJANAL EICE negó la solicitud de pensión de sobrevivientes presentada por Martha Judith Hernández, en consideración a que mediante sentencia judicial, se decretó la cesación de efectos civiles del matrimonio y la liquidación de la sociedad conyugal, con lo cual se desvirtúa la dependencia económica de la actora, y de las declaraciones extraproceso no se concluye que existiera unión marital de hecho. Contra dicha decisión la demandante interpuso recurso de reposición.

Por Resolución No 09635 de 27 de octubre de 2006 la entidad confirmó la anterior, con fundamento en lo siguiente:

No obstante obra en el plenario, a folio 23 sentencia judicial proferida por el JUZGADO CUARTO DE FAMILIA de Tunja de fecha 09 de diciembre de 2002, en donde se decreta la cesación de los efectos civiles del matrimonio celebrado entre los solicitantes la señora HERNÁNDEZ ROA MARTHA

JUDITH y el señor MORA RAMÍREZ PUBLIO ERNESTO, ya identificados, así mismo, se decreta la disolución y liquidación de la sociedad conyugal formada en virtud del matrimonio. De igual manera, obran declaraciones de terceros (fl 46) en el cual se manifiesta que la solicitante y el causante convivían en la misma casa, de los cual no se puede deducir que existía una unión marital de hecho.

(...)

En el presente caso, dado que no existe claridad sobre la convivencia de la peticionaria con el causante, hasta el momento de su fallecimiento, siendo este un requisito indispensable de conformidad con la legislación anteriormente citada, este despacho establece que no es el competente para decidir el conflicto existente. Por ende, se concluye que es a la justicia ordinaria a quien corresponde dirimir la controversia suscitada. Corolario de lo anterior, se confirma el proveído impugnado.

A folios 53 y siguientes obran documentos en los cuales constan los pagos hechos por Martha Judith Hernández por concepto de gastos hospitalarios de Publio Ernesto Mora, así como gestión de sus asuntos financieros.

A folio 79 obra certificación médica de 24 de enero de 2004, en la cual consta el delicado estado de salud del causante.

A folio 25 del cuaderno 3 obra sentencia del Juzgado Cuarto de Familia de Tunja de 9 de diciembre de 2002 en la cual se decretó la cesación de efectos civiles del matrimonio católico y la disolución de la sociedad conyugal.

A folios 161 y siguientes del expediente las declaraciones de los testigos citados al proceso, quienes manifestaron en relación con la pareja:

Ana Lucila Fonseca de Arenas quien era vecina y conocida de la pareja manifestó:

Yo soy testigo de que ellos vivieron juntos hasta la muerte del doctor Publio, Personalmente hasta ahora me entero que ellos se habían divorciado; hasta el momento que me citan, me cuanta (sic) la doctora cuando se hace el relato.

(...) Si me consta que ellos tenían vida en común de parte de matrimonio hasta el fallecimiento de su esposo PUBLIO, me consta que vivieron en la misma casa bajo el mismo techo, me consta porque los vi siempre juntos en el barrio Santa Inés, cuando salían y llegaban a la casa, en los años de 1994 mas o menos a la fecha del fallecimiento del esposo no recuerdo la fecha en que falleció; los veía salir porque ellos pasaban por el parque que queda frente a mi casa en el barrio Santa Inés.

Carlos Fernando Arenas Fonseca quien informó ser allegado a la familia por su amistad con el hijo de la actora, manifestó "(...) durante el tiempo en el cual el mantenía la amistad por un tiempo de 25 años siempre observé que el matrimonio existió hasta el día de la muerte del doctor PUBLIO (...)".

Orlando Rodolfo Torres quien fue vecino de la familia, compañero de universidad y amigo del Daniel Mora hijo del matrimonio:

(...) no tenía conocimiento del divorcio, no tenía ni idea, tuve conocimiento hasta que DANIEL me pidió que viniera a testificar, fue un comportamiento normal en esa casa lo que yo veía.

Edgar Julio González Ramírez, amigo de la familia, dijo "El trato era de respeto; en cuanto a la parte íntima no es posible señalar cosas que solamente eran atinentes a ellos".

Said Jesús Rincón, amigo personal de Publio Mora, indicó que Martha Judith estuvo con él durante sus últimos días, aunque le extrañó (al testigo) pues estuvo muy atenta. Asimismo, expuso que el causante le manifestó que no tenía voluntad de separarse de su esposa y que tramitaba la

cesación de los efectos civiles por que ella quería, pero no supo del resultado de esa gestión.

Ligia Cecilia Martínez Ávila compañera de trabajo del señor Publio Mora, informó que tuvo conocimiento del divorcio de la pareja y señaló:

Sí, ellos tenían varias habitaciones y a veces hacía una visita en una habitación o en la otra o en la del hijo, pero ahí convivían juntos, pero de relaciones íntimas no sé.

(...)

Publio siempre la trataba bien como su esposa.

Análisis probatorio

Se afirma en el escrito de apelación que Martha Judith Hernández Roa no invocó la calidad de compañera permanente ni en sede administrativa ni en la judicial, afirmación que no corresponde a la realidad pues tal y como puede verificarse en la demanda y en la petición presentada a CAJANAL⁵, la actora puso de presente que pese a la sentencia de cesación de efectos civiles del matrimonio, continuó conviviendo con el causante y así lo corroboraron las declaraciones extra juicio que aportó.

Los testimonios indican que el conocimiento que sobre la pareja les consta a los declarantes es que Martha Judith Hernández Roa y Publio Ernesto Mora vivieron bajo el mismo techo y que hasta el momento de su muerte la actora permaneció a su lado.

Si bien refieren haber tenido algún conocimiento de desaveniencias entre la pareja, este no es un factor determinante para concluir que la pareja ya no convivía como tal, pues lo cierto es que compartieron techo hasta el final de los días del causante y fue ella junto con su hijo quien estuvo al tanto de sus cuidados y obligaciones.

En relación con la intimidad de la pareja no pudieron dar información alguna, pues como algunos de ellos indican (Edgar Julio González Ramírez y Ligia Cecilia González), pertenecen al fuero personal y por ende permanece alejada del público, motivo por el cual no puede esperar la entidad demandada que este aspecto resulte probado, teniendo en cuenta además que el derecho a la intimidad es de rango constitucional (artículo 15) y es objeto de protección legal, motivo por el cual la demandante no estaba obligada a demostrar la existencia de los aspectos relacionados con la intimidad con su pareja.

Valorados los medios probatorios documentales y testimoniales que obran en el proceso de acuerdo con las reglas de la sana crítica especialmente la experiencia y atendiendo la normatividad vigente para la fecha de fallecimiento del causante, la Sala llega a la conclusión de que a la actora en su calidad de cónyuge supérstite le asiste el derecho a la sustitución pensional.

La Carta Política prevé que el Estado y la sociedad garantizan la protección integral de la familia constituida por vínculos naturales o jurídicos; que el Estado, la Sociedad y la familia concurrirán para la protección y la asistencia de las personas de la tercera edad; y que la equidad, la jurisprudencia y la doctrina constituyen criterios auxiliares para la administración de justicia.

No desconoce la Sala que Martha Judith y Publio Ernesto demandaron la cesación de los efectos civiles de su matrimonio católico la cual fue decretada mediante sentencia de 9 de diciembre de 2002 por el Juzgado Cuarto de Familia de Tunja, y en consecuencia que entre la pareja Mora Hernández existió “separación de bienes y liquidación de la sociedad conyugal”, sin embargo, aquella situación desapareció como causal de pérdida del derecho a la sustitución pensional, desde la expedición de la sentencia de julio 8 de 1993, que anuló dicha expresión, contenida en el Decreto 1160 de junio 2 de 1989, por el cual se reglamentó parcialmente la Ley 71 de 1988.

En el asunto bajo estudio, no puede deducirse que la sentencia de cesación de efectos civiles del matrimonio puso fin a la convivencia en pareja, cuando la prueba testimonial y documental llevan a una conclusión distinta, pues a pesar de esa providencia permanecieron juntos, con un trato de esposos y no puede exigir la Entidad que con posterioridad a ella la actora demuestre 5 años más de convivencia con el causante como

compañera permanente como si se tratara de una relación distinta, como lo sugiere la Entidad apelante, pues se trata de la prolongación de la unión inicial.

En las anteriores condiciones, de haberse realizado la separación de bienes y la liquidación de la sociedad conyugal, tal situación no le quita el derecho a la cónyuge a la pensión de sobrevivencia, motivo por el cual se confirmará la sentencia que accedió a las pretensiones de la demanda por este aspecto y ordenó a la entidad demandada reconocer y pagar la pensión de sobreviviente a la actora.

De la reliquidación de la mesada pensional

El segundo problema jurídico planteado se contrae a establecer si los factores salariales que se deben tener en cuenta para liquidar la pensión de Publio Ernesto Mora conforme al régimen especial consagrado en el Decreto 546 de 1971 deben ser incluidos en su valor total o en forma proporcional.

No es objeto de discusión que prestó sus servicios al Estado por más de 20 años de los cuales por lo menos 10 exclusivamente a la Rama Judicial

Tampoco se discute en el proceso que el actor estaba amparado por el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, es decir, que su pensión de jubilación se regulaba por la normatividad anterior a dicha ley.

No asiste razón a la demandada cuando afirma que la liquidación de la pensión del causante tenga que hacerse en los términos de la Ley 100 de 1993, por lo siguiente:

Con anterioridad a la Ley 100 de 1993 en materia de pensiones de jubilación regía la Ley 33 de 1985, que en el artículo 1° estableció la regla general para acceder a la pensión de jubilación aplicable a todos los empleados oficiales, y en el inciso segundo la misma disposición prescribió que no quedaban sujetos a la regla general en ella establecida los empleados oficiales que trabajaran en actividades que por su naturaleza justificaran la excepción, ni aquellos que por ley disfrutaron de un régimen especial de pensiones.

A los funcionarios y empleados de la Rama Judicial los rige un régimen especial de pensiones, el previsto en el Decreto 546 de 1971 “por el cual se establece el régimen de seguridad y protección social de los funcionarios y empleados de la Rama Jurisdiccional y el Ministerio Público”, el cual en su artículo 6°, dispone:

ARTÍCULO 6°.- Los funcionarios y empleados a que se refiere este Decreto tendrán derecho, al llegar a los 55 años de edad si son hombres, y de 50 si son mujeres, y cumplir veinte (20) años de servicios continuos o discontinuos anteriores o posteriores a la vigencia de este decreto, de los cuales por lo menos diez (10) lo hayan sido exclusivamente en la Rama Jurisdiccional o al Ministerio Público, o a ambas actividades a una pensión ordinaria vitalicia de jubilación equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) de la asignación mensual más elevada que hubiere devengado en el último año de servicio, en las actividades citadas (...)

La especialidad del régimen se traduce en que la pensión se liquida con el 75% de la asignación mensual más elevada devengada en el último año de servicios, siempre y cuando el funcionario cumpla por lo menos diez (10) años de servicio en las citadas entidades, aspecto que en este proceso no se discute.

En reiterados pronunciamientos la Sala ha expresado que el concepto asignación o salario para los funcionarios y empleados de la Rama Judicial cobijados por las previsiones del Decreto Ley 546 de 1971, lo constituyen los factores consignados en el artículo 12 del Decreto 717 de 1978, tal y como lo precisó el juzgador de primera instancia.

El mencionado decreto señala algunos factores de salario, no obstante, debe tenerse en cuenta que también consagra una regla general: además de la asignación mensual fijada por la ley para cada empleo, constituyen factores de salario todas las sumas que habitual y periódicamente recibe el funcionario o empleado como retribución de sus servicios.

La bonificación por servicios y las primas de navidad, servicios y vacaciones deben ser incluidas como factores salarial para efectos pensionales se deben incluir en 1/12 parte, pues dichos valores se reconocen y pagan al empleado cada vez que éste cumpla un año de servicio, razón por la que le asiste razón al Tribunal al señalar que la Bonificación por servicios debe tenerse en cuenta para el cálculo de la pensión en forma proporcional.

Lo anterior, por cuanto independientemente de que los citados factores se hayan devengado como una contraprestación por haber cumplido un año de servicio y hayan servido como factor a incluir al momento de liquidar la pensión de jubilación, no hay norma que consagre que aquello que se recibió de manera integral, no pueda ser fraccionado para efectos de liquidar la pensión de jubilación.

En esas condiciones, la mesada pensional del Publio Ernesto Mora debió haberse liquidado con todo lo devengado por él durante el último año de servicios, esto es, entre el 1 de enero de 2003 y el 31 de enero de 2003, atendiendo la asignación mensual más elevada devengada durante ese periodo. Sin embargo, sus efectos fiscales se surtirán a partir de la muerte del causante (26 de febrero de 2004), es decir desde la fecha la fecha en que la actora adquirió el derecho a percibir la pensión de sobreviviente.

Por las razones que anteceden se confirmará la sentencia apelada.

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 y por autoridad de la Ley,

FALLA

CONFÍRMASE la sentencia de 28 de julio de 2010 proferida por el Tribunal Administrativo de Boyacá, por medio de la cual accedió a las súplicas de la demanda interpuesta por Martha Judith Hernández Roa.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE y ejecutoriada esta providencia DEVUÉLVASE el expediente al Tribunal de origen. CÚMPLASE.

Discutida y aprobada por la Sala en sesión de la fecha.

GUSTAVO GÓMEZ ARANGUREN ALFONSO VARGAS RINCÓN

LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

1 Apartes subrayados declarados exequibles, por los cargos analizados, por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-1094-03 de 19 de noviembre de 2003, Magistrado Ponente Dr. Jaime Córdoba Triviño.

2 Aparte subrayado CONDICIONALMENTE exequible, por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-1035-08 de 22 de octubre de 2008, Magistrado Ponente Dr. Jaime Córdoba Triviño *'en el entendido de que además de la esposa o el esposo serán también beneficiarios, la compañera o compañero permanente y que dicha pensión se dividirá entre ellos (as) en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido'*. Fallo inhibitorio en relación con la expresión *“no existe convivencia simultánea y”* por inepta demanda.

3 Declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C451-05 de 3 de mayo de 2005, Magistrada Ponente Dra. Clara Inés Vargas Hernández.

4 Declarado EXEQUIBLE por los cargos analizados, por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-896-06 de 1 de noviembre de 2006, Magistrado Ponente Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra.

5 a folio 41 del cuaderno 3

Fecha y hora de creación: 2025-11-23 05:29:27