



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

CONSEJERA PONENTE: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ

Bogotá D. C., veintisiete (27) de enero de dos mil veintidós (2022).

Radicado No. 880012333300020180052 01.
No. interno: 5322-2019.
Actor: Unidad Administrativa de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social -UGPP-.
Demandado: Dubis Yolanda Merino de Torres.
Trámite: Medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho / Segunda Instancia.
Asunto: Establecer si la demandada tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes.

Ha venido el proceso de la referencia con el informe de la Secretaría de la Sección de 14 de octubre de 2020¹, después de surtidas a cabalidad las demás etapas procesales y de establecer que no obra en el proceso irregularidades o nulidades procesales que deban ser saneadas, para decidir el recurso de apelación interpuesto por el demandante contra la sentencia de 25 de julio de 2019, proferida por el Tribunal Administrativo de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, por medio de la cual negó las pretensiones de la demanda incoada por la Unidad Administrativa de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social -UGPP- en contra de la señora Dubis Yolanda Merino de Torres.

I. ANTECEDENTES.

1.1 La demanda y sus fundamentos².

La Unidad Administrativa de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social -UGPP-, por intermedio de apoderado judicial³, en ejercicio del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho -*acción de lesividad Ley 1437 de 2011*- presentó demanda con el fin de que se declare la nulidad de la Resolución RDP 10441 de 15 de marzo de 2017, por medio de la cual el Subdirector de Determinación de Derechos Pensionales de la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social -UGPP- le reconoció y ordenó el pago de la pensión de sobrevivientes a la señora Dubis Yolanda Merino de Torres con ocasión del fallecimiento del señor Joaquín Pablo Torres Díaz (q.e.p.d.), en calidad de cónyuge supérstite.

¹ Informe visible a folio 388 del expediente.

² Demanda visible a folios 1 a 9.

³ El abogado Edwin Andrés Coral Moreno.

Como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho, solicitó: (i) ordenar a Dubis Yolanda Merino de Torres la devolución de todos y cada uno de los dineros recibidos por concepto del reconocimiento de la pensión de sobreviviente; y, (ii) dar cumplimiento a la sentencia en los términos de los artículos 187 y 195 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Para una mejor comprensión del caso, la Sala se permite realizar un resumen de la situación fáctica de lo ocurrido en la entidad, así:

El señor Joaquín Pablo Torres Díaz (q.e.p.d.) prestó sus servicios como Herramentero en el Instituto Nacional de Vías desde el 16 de marzo de 1973 al 31 de mayo de 1994.

A través de la Resolución 14827 de 23 de mayo de 2005, expedida por la Subdirectora General de Prestaciones Económicas de la Caja Nacional de Previsión Social CAJANAL, le fue reconocida la pensión de jubilación al señor Joaquín Pablo Torres Díaz (q.e.p.d.), quien falleció el 12 de noviembre de 2015.

La señora Dubis Yolanda Merino de Torres solicitó al Gerente General de la Caja Nacional de Previsión Social -CAJANAL- el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes, con ocasión del fallecimiento del señor Joaquín Pablo Torres Díaz (q.e.p.d.); la cual, fue reconocida por parte del Subdirector de Determinación de Derechos Pensionales de la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social -UGPP- a través de la Resolución RDP 10441 de 15 de marzo de 2017, efectiva a partir del 13 de noviembre de 2015.

El 26 de enero de 2018, de acuerdo con el informe de seguridad realizado por el Consorcio CYZA «empresa encargada de efectuar el estudio» concluyó que no existió convivencia entre la señora Dubis Yolanda Merino de Torres y el señor Joaquín Pablo Torres Díaz (q.e.p.d.) por un tiempo superior a los 5 años.

1.2 Normas violadas y concepto de violación.

Como disposiciones infringidas citó las siguientes:

Leyes 33 de 1985; 62 de 1985; 100 de 1993 y 797 de 2003.

Como concepto de violación de las normas invocadas, la demandante consideró que el acto acusado está viciado de nulidad, porque:

Fueron desconocidos los mandatos expresos de la Ley 100 de 1993⁴ en tanto se reconoció la pensión de sobreviviente a la señora Dubis Yolanda Merino de Torres sin tener ser en cuenta que no fueron acreditados los requisitos de

⁴ “(...) por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones (...)”.

convivencia efectiva con el señor Joaquín Pablo Torres Díaz (q.e.p.d.), lo cual generó un detrimento periódico y sucesivo al erario.

1.3 Contestación de la demanda⁵.

La señora Dubis Yolanda Merino de Torres mediante apoderado, se opuso a la prosperidad de las pretensiones incoadas por la parte actora con fundamento en los siguientes argumentos.

El derecho de la demandante a ser beneficiada de la pensión de sobrevivientes por el fallecimiento de su cónyuge, el señor Joaquín Pablo Torres Díaz (q.e.p.d.), se encuentra acreditado en el vínculo matrimonial que existió entre éstos por más 47 años, del cual nacieron 3 hijos; además, si bien es cierto el matrimonio fue realizado en el año 1972, lo cierto es que fue registrado en el año 2011, aspecto de suma importancia en la medida en que se demuestra la voluntad de la pareja de continuar con el vínculo nupcial.

A su juicio, los argumentos que propuso la parte demandante para solicitar la declaratoria de nulidad del reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, carecen de sustento fáctico y jurídico, en primer lugar, porque es evidente el vínculo familiar; y, en segundo lugar, la señora Dubis Yolanda Merino de Torres actuó en el legítimo derecho que le asiste al ser la cónyuge supérstite.

Por último, propuso la siguiente excepción: *(i) Inexistencia de violación a la Constitución, a la ley, de fraude y de falsa motivación.*

1.4 La sentencia apelada⁶.

El Tribunal Administrativo de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, mediante sentencia de 25 de julio de 2019 negó las pretensiones de la demanda. Lo anterior con fundamento en los argumentos que se pasan a exponer:

La Ley 100 de 1993 posibilitó al cónyuge o compañero o compañera permanente del supérstite ser beneficiario de la pensión de sobreviviente, siempre y cuando logre acreditar que estuvo en vida marital con el causante hasta su muerte y haya convivido con el fallecido no menos de cinco años continuos. En tal sentido, cualquiera de estos tiene derecho a que se le reconozca la pensión de sobrevivientes por la sustitución pensional, aunque no haya convivido bajo el mismo techo con el causante, por una causa justificada, siempre que acredite que se mantuvo hasta el último momento, el afecto, el auxilio mutuo, el apoyo económico y el acompañamiento espiritual propios de la vida en pareja.

Bajo ese contexto, se encuentra probado que la señora Doris Yolanda Merino de Torres es una persona de tercera edad, pues tiene 67 años, viene percibiendo la pensión de sobrevivientes que asciende a \$1.001.848 y,

⁵ Visible a folios 214 a 222 del expediente.

⁶ Visible a folios 316 a 335 del expediente.

además, todas las pruebas que obran en el proceso se logra vislumbrar el apoyo económico a aquella.

Así las cosas, concluyó, no se ha infringido el marco normativo que regula la pensión de sobrevivientes con los supuestos fácticos y la situación individual de la señora Dubis Yolanda Merino de Torres, pues se logró evidenciar que el acto demandado no esta viciado de nulidad.

1.5 El recurso de apelación⁷.

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

A su juicio, el *a-quo* omitió valorar las pruebas incorporadas en el expediente que dan fe de la ilegalidad configurada en torno al reconocimiento pensional efectuado en favor de la señora Dubis Yolanda Merino de Torres, concretamente, porque en el informe de seguridad de la empresa CYSA se logró concluir que no cumplió con los requisitos de convivencia previo al fallecimiento del causante señalado en el artículo 13 de la Ley 797 de 2003⁸, pues si bien contrajeron nupcias el 25 de octubre de 1972 y tuvieron 3 hijos, resulta que se separaron una vez, uno de sus hijos tuvo que ser trasladado por cuestiones de salud a la ciudad de Barranquilla.

La inexistencia de convivencia se afianza cuando se comprueba que el señor Joaquín Pablo Torres Díaz (q.e.p.d.), previo al fallecimiento, vivía en San Andrés con su madre Elvira Díaz Vergara, quien era la única beneficiaria del en el Sistema de Seguridad Social por parte de éste; adicionalmente, el señor Jorge Eliecer Torres Díaz «*hermano del causante*» expresó que desconocía los motivos por los cuales la demandante había solicitado el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, sin tener en cuenta que se habían separado de hecho hacía más de 30 años.

Reiteró que la Corte Suprema de Justicia⁹ ha establecido la configuración de la convivencia para los fines de la seguridad social, como aquella que no necesariamente demuestre que la pareja permanezca bajo un mismo techo o que mantenga relaciones sexuales, sino, que conserve lazos afectivos, de solidaridad, acompañamiento y socorro que sostengan la idea de un grupo familiar; de manera, que la mera cohabitación bajo un mismo techo no puede equiparar forzosamente a la convivencia de pareja ni la preservación del concepto de grupo familiar. Pese a lo anterior, no existe dentro del expediente

⁷ Visible a folios 342 a 345 del expediente.

⁸ “(...) ARTÍCULO 13. Los artículos 47 y 74 quedarán así:

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; (...).”

⁹ Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, sentencia del 22 de enero de 2013, Radicado 44777.

que la señora Dubis Yolanda Merino de Torres y el causante hubiesen compartido lecho, ayuda mutua, ni dependencia económica.

II. CONSIDERACIONES

De acuerdo con las exposiciones que obran en el recurso de apelación, establece la Sala como problema jurídico el siguiente:

Determinar si es viable el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a la María Lourdes Fagua en calidad de cónyuge supérstite del señor Julio Vicente Burgos (q.e.p.d.), pues de acuerdo con lo expuesto por el recurrente entre éstos no existió la convivencia, el socorro y la ayuda mutua, requisitos necesarios para el efecto.

Para los efectos de desarrollar el anterior problema jurídico, es necesario para la Sala precisar sobre los siguientes aspectos: *i)* marco legal y jurisprudencial de la pensión de sobrevivientes; *(ii)* sus beneficiarios; y, *(ii)* del caso en concreto.

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

En materia de sustitución pensional los artículos 36 y 39 del Decreto 3135 de 1968¹⁰, así como 80 y 92 del Decreto 1848 de 1969¹¹ consagraron la posibilidad de transmitir el derecho jubilatorio a favor de los beneficiarios del causante únicamente en dos eventos, a saber: *(i)* cuando fallece el empleado público en goce de pensión y *(ii)* cuando el empleado público muere con derecho a pensión sin que en efecto se haya efectuado el reconocimiento. Así señalaban las normas en comento:

(...) Decreto 3135 de 1968.

Artículo 36. Al fallecimiento de un empleado público o trabajador oficial con derecho a pensión de jubilación, sus beneficiarios, en el orden y proporción señalados en el artículo 34¹², tienen derecho a recibir de la respectiva entidad de previsión la pensión que le hubiere correspondido durante dos (2) años, sin perjuicio de las prestaciones anteriores.

(...)

¹⁰ "Por el cual se prevé la integración de la seguridad social entre el sector público y el privado y se regula el régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales."

¹¹ "Por el cual se reglamenta el Decreto 3135 de 1968."

¹² "Artículo 34. En caso de fallecimiento de un empleado público o trabajador oficial en servicio, las prestaciones a que haya lugar se pagarán a los beneficiarios que a continuación se determinan, así:
1. La mitad al cónyuge sobreviviente y la otra mitad a los hijos legítimos y naturales del empleado o trabajador en concurrencia estos últimos en las proporciones establecidas por la ley civil.
2. Si no hubiere cónyuge sobreviviente ni hijos naturales, la prestación corresponderá íntegramente a los hijos legítimos.
3. Si no hubiere hijos legítimos la porción de éstos corresponde a los hijos naturales en concurrencia con el cónyuge sobreviviente.
4. Si no hubiere cónyuge sobreviviente, ni hijos legítimos, el monto de la prestación se dividirá así: la mitad para los padres legítimos o naturales y la otra mitad para los hijos naturales.
5. A falta de padres legítimos o naturales, llevarán toda la prestación los hijos naturales.
6. Si no concurre ninguna de las personas indicadas en este artículo, llamadas en el orden preferencial en el establecido, la prestación se pagará a los hermanos menores de edad y a las hermanas del extinto, previa comprobación de que dependían de él para su subsistencia."

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

Decreto Reglamentario 1848 de 1969.

(...)

Artículo 80. Fallecimiento del empleado con derecho a pensión. Cuando fallezca un empleado oficial que hubiere causado en su favor el derecho a pensión de jubilación, por reunir los requisitos legales, sin haberla hecho efectiva en vida, ese derecho se transmite a las personas señaladas en el Artículo 92 de este Decreto¹³, para el solo efecto de recibir de la entidad obligada el pago de la pensión que le hubiere correspondido al causante, durante los dos (2) años a que se refiere la citada norma legal.

(...)

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

(...)"

Posteriormente, en materia de sustitución pensional se expidió la Ley 33 de 1973¹⁴, la cual señaló que para que se diera la sustitución pensional, el trabajador particular o el empleado o trabajador del Sector Público, debía estar pensionado o al momento de su fallecimiento tener el derecho a pensión de jubilación, invalidez o vejez.

*"(...) Artículo 1°. Fallecido el particular pensionado o con derecho a pensión de jubilación, invalidez o vejez, o un empleado o trabajador del sector público, sea este oficial o semioficial con el mismo derecho, su viuda **podrá reclamar la respectiva pensión en forma vitalicia.***

(...)

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

Luego, la Ley 12 de 1975¹⁵ solo exigió que el trabajador o empleado haya completado el tiempo de servicio, de manera que, si fallecía antes de cumplir la edad cronológica para tener derecho a la pensión de jubilación, había lugar a la sustitución pensional, así:

*"(...) Artículo 1° El cónyuge supérstite, o la compañera permanente, de un trabajador particular o de un empleado o trabajador del sector público y sus hijos menores o inválidos, **tendrán derecho a la pensión de jubilación del otro cónyuge si este falleciere antes de cumplir la edad cronológica para esta***

¹³ "ARTÍCULO 92. TRANSMISIÓN DE LA PENSIÓN. Cuando fallezca el pensionado por invalidez, jubilación o retiro por vejez, su cónyuge y sus hijos menores de dieciocho (18) años o incapacitados para trabajar por razón de estudios o por invalidez, que dependieren económicamente del causante, tendrán derecho a percibir la respectiva pensión durante los dos (2) años subsiguientes al fallecimiento del pensionado."

¹⁴ "Por el cual se transforman en vitalicia las pensiones de las viudas."

¹⁵ "por la cual se dictan algunas disposiciones sobre régimen de pensiones de jubilación."

prestación, pero que hubiere completado el tiempo de servicio consagrado para ella en la Ley o en convenciones colectivas. (...) (Se resalta)

De lo anterior se infiere, que si bien en principio el derecho a la sustitución pensional solo surgía para los beneficiarios de un empleado público cuando a la fecha de su fallecimiento éste había perfeccionado o consolidado completamente el derecho jubilatorio, con posterioridad el Legislador lo extendió para los casos en los que el empleado público hubiese logrado el tiempo de servicios sin reunir o completar la edad pensional, con el fin de amparar con tal medida el derecho de la familia del mismo, que por la contingencia de muerte no logró consolidar plenamente su derecho pensional.

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

Ahora bien, la pensión de sobrevivencia se consagró como una prestación del Sistema General de Seguridad Social, cuyos requisitos para su reconocimiento por mandato constitucional, deberán ser definidos mediante las leyes, puesto que el artículo 48 de la Carta Política¹⁶ contempló la siguiente disposición:

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

(...)

Para adquirir el derecho a la pensión será necesario cumplir con la edad, el tiempo de servicio, las semanas de cotización o el capital necesario, así como las demás condiciones que señala la ley, sin perjuicio de lo dispuesto para las pensiones de invalidez y sobrevivencia. Los requisitos y beneficios para adquirir el derecho a una pensión de invalidez o de sobrevivencia serán los establecidos por las leyes del Sistema General de Pensiones.” (Se destaca).

Posteriormente se expidió la Ley 100 de 1993 *“Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones”*, la cual derogó tácitamente¹⁷ la Ley 12 de 1975. Esta nueva norma reemplazó la sustitución

¹⁶ Adicionado desde el inciso 7º en adelante por el Acto Legislativo No. 01 de 2005.

¹⁷ Corte Constitucional, sentencia C-328 de 2001.

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

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

Por su parte, los artículos 73 y ss. de la misma Ley 100 de 1993 regulan la pensión de sobrevivientes en el régimen de ahorro individual y tienen un contenido normativo similar. Estamos pues ante una regulación integral y sistemática de una materia, que es posterior a la norma acusada. Ahora bien, conforme a la teoría jurídica, y como lo ilustra al respecto el artículo 3º de la ley 153 de 1887, se entiende que esa regulación sistemática posterior de un tema deroga tácitamente las normas precedentes sobre la materia, salvo que las normas previas establezcan regímenes especiales. Así, el artículo 3º de la ley 153 de 1887 dice que se estima “insubsistente una disposición legal por

pensional por la pensión de sobrevivientes tanto en el régimen de prima media con prestación definida¹⁸ como en el de ahorro individual¹⁹, y señaló que esta prestación se obtiene no solamente en el caso del fallecimiento del pensionado sino también en el evento en que el causante que fallezca hubiera cotizado al sistema por lo menos veintiséis (26) semanas, en ése momento, o habiendo dejado de cotizar, efectuara aportes por veintiséis (26) semanas del año inmediatamente anterior.

La Ley 100 de 1993, en su artículo 46 modificado por el artículo 12 de la Ley 797 de 2003²⁰, determinó que los beneficiarios del causante tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes, siempre y cuando el causante hubiere cotizado cincuenta (50) semanas dentro de los tres (3) últimos años inmediatamente anteriores al fallecimiento, así:

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

- 1. Los miembros del grupo familiar del pensionado por vejez o invalidez por riesgo común que fallezca y,*
- 2. Los miembros del grupo familiar del afiliado al sistema que fallezca, siempre y cuando éste hubiere cotizado cincuenta semanas dentro de los tres últimos años inmediatamente anteriores al fallecimiento y se acrediten las siguientes condiciones:²¹ (...)”* (Destaca la Sala)

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

declaración expresa del legislador, o por incompatibilidad con disposiciones especiales posteriores, o por existir una ley nueva que regula íntegramente la materia a que la anterior disposición se refería” (subrayas no originales).

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

Ahora bien, en este caso, la norma previa acusada no consagra ningún régimen especial, por lo cual debe entenderse derogada por el sistema integral posterior de la Ley 100 de 1993, tal y como lo ha entendido esta Corte. Es pues claro que el artículo impugnado fue derogado. El interrogante que surge entonces es si esa derogación implica que la Corte deba inhibirse de conocer los cargos de la demanda.”

¹⁸ Artículos 49 a 49 de la Ley 100 de 1993.

¹⁹ Artículos 73 a 78 de la Ley 100 de 1993.

²⁰ “por la cual se reforman algunas disposiciones del sistema general de pensiones previsto en la Ley 100 de 1993 y se adoptan disposiciones sobre los Regímenes Pensionales exceptuados y especiales.”

²¹ Literales a) y b) declarados inexecutable por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-556 DE 2009. M.P.: Dr. Nilson Pinilla Pinilla.

pensional, si a éste hubiera lugar. La norma establece al respecto, lo siguiente:

(...) TÍTULO II

Régimen solidario de prima media con prestación definida

(...)

CAPÍTULO IV

Pensión de sobrevivientes

(...)

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

(...)

TÍTULO III

Régimen de ahorro individual con solidaridad

(...)

CAPÍTULO IV

Pensión de sobrevivientes

(...)

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

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

ii) Beneficiarios de la pensión de sobrevivientes.

En lo que se refiere a los beneficiarios de la pensión de sobreviviente, el artículo 47 de la ley 100 de 1993 señaló tres grupos de beneficiarios que, funcionan bajo la misma dinámica de los órdenes sucesorales, es decir, que mientras haya algún beneficiario de cada orden no puede pasarse a los órdenes siguientes. Para mayor ilustración se transcribe el texto original del artículo 47 ibídem:

(...) ARTICULO 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 supérstite.

En caso de que la pensión de sobrevivencia se cause por muerte del pensionado, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite, deber acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante por lo menos desde el momento en que este cumplió con los requisitos para tener derecho a una pensión de vejez

o invalidez, y hasta su muerte, y haya convivido con el fallecido no menos de dos (2) años continuos con anterioridad a su muerte, salvo que haya procreado uno o más hijos con el pensionado fallecido;

b. 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; y, los hijos inválidos si dependían económicamente del causante, mientras subsistan las condiciones de invalidez.

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

d. 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.

(...).”

En efecto, de acuerdo con la norma transcrita se puede advertir que el primer grupo lo constituyen el cónyuge; compañera o compañero permanente y los hijos con derecho, en caso de que haya cónyuge; compañera o compañero permanente, y no concurrieran hijos con derecho, la totalidad de la prestación pensional correspondería al cónyuge; compañera o compañero permanente.

De igual forma, en caso de que concurrieran hijos con derecho y no hubiera cónyuge; compañera o compañero permanente la pensión sería reconocida únicamente a los hijos por partes iguales y, así mismo, en el evento de que concurrieran tanto cónyuge; compañera o compañero permanente e hijos, la referida prestación se distribuiría por mitades, esto es, la primera mitad para el cónyuge; compañera o compañero permanente y la segunda para los hijos.

El segundo grupo está conformado por los padres con derecho, éstos pueden acceder a la pensión solamente a falta de cónyuge, compañero o compañera permanente e hijos con derecho.

Y, finalmente, el tercer grupo lo conforman los hermanos con derecho quienes sólo podrán acceder a la prestación pensional en ausencia de los miembros de los grupos anteriores.

Cabe advertir que, la Ley 797 de 2003 introdujo algunas modificaciones en lo que respecta a los beneficiarios de la pensión de sobreviviente. Así se observa en el texto modificado del artículo 47 de la ley 100 de 1993:

“(...) ARTÍCULO 47. BENEFICIARIOS DE LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES. <Expresiones "compañera o compañero permanente" y "compañero o compañera permanente" CONDICIONALMENTE exequibles> sentencia C-1094-2003.

<Artículo modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003. El nuevo texto es el siguiente:> Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:

a) En forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente o supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga 30 o más años. 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, 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) <Aparte tachado INEXEQUIBLE sentencias C1094 DE 2003 y C-451 DE 2005> 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) <Aparte tachado INEXEQUIBLE sentencia C-111 de 2006> 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. (...).”

Entre las modificaciones antes señaladas se destacan, en relación con el cónyuge, compañero o compañera permanente, las siguientes:

1. Si a la fecha de fallecimiento del causante el cónyuge o compañero o compañera permanente tiene más de 30 años, la pensión se le concederá en forma vitalicia. Si es menor de esa edad y no ha procreado hijos con el causante, la pensión será temporal: se concede por 20 años y de esa pensión se descuenta la cotización para su propia pensión.
2. En caso de muerte del pensionado, se requiere además que el cónyuge o compañera o compañero permanente acredite que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y que haya convivido con el fallecido no menos de cinco años continuos con anterioridad a su muerte.
3. En principio si hay cónyuge y no hay compañero o compañera permanente la pensión corresponderá al cónyuge. Si no hay cónyuge, pero hay compañera o compañero permanente, la pensión corresponderá a éstos últimos. La ley contempla expresamente el caso de convivencia simultánea entre cónyuge y una compañera o compañero permanente; caso en el cual el

beneficiario de la pensión de sobreviviente será la esposa o esposo. La Corte Constitucional²², en sentencia C- 1035 de 2008, al estudiar esta última regla la declaró exequible en forma condicional en el entendido de que además de la esposa o esposo, serán también beneficiarios, la compañera o compañero permanente y que dicha pensión se dividirá entre ellos.

Y finalmente, en lo que se refiere a los padres, del causante, estos serán beneficiarios de la prestación pensional de sobrevivencia en la medida en que faltaren el cónyuge, compañero o compañera permanente e hijos con derecho, sin que sea necesario acreditar la dependencia económica absoluta respecto del causante, esto, a partir de la expedición de la sentencia de la Corte Constitucional C-111 de 2006.

iii) Del caso en concreto.

En el *sub-lite*, el recurrente expresó estar inconforme con la sentencia proferida por el *a quo*, por cuanto del Informe de Seguridad realizado por el por el Consorcio CYSA el 9 de agosto de 2016 puede sustraerse que no existió unión convivencia entre la señora Dubis Yolanda Merino de Torres y el señor Joaquín Pablo Torres Díaz (q.e.p.d.), de manera que, a su juicio, el acto administrativo demandado ha generado de forma periódica y sistemática un detrimento al erario público desde el 12 de noviembre de 2015 «*fecha en la cual fue reconocida la pensión de sobreviviente en forma vitalicia*».

Para efectos de resolver el punto objeto de controversia, la Sala cuenta con los siguientes elementos probatorios:

a) El señor Joaquín Pablo Torres Díaz (q.e.p.d.) prestó sus servicios como Herramentero en el Instituto Nacional de Vías desde el 16 de marzo de 1973 al 31 de mayo de 1994²³, motivo por el que, por medio de la Resolución 014827 de 23 de mayo de 2005, le fue reconocida la pensión de vejez en cuantía de \$376.533, efectiva a partir del 15 de enero de 1999, pero con efectos fiscales a partir del 15 de enero de 1999²⁴.

b) A folio 224 del expediente obra el Registro Civil de Matrimonio de los señores Joaquín Pablo Torrez Díaz (q.e.p.d.) y Dubis Yolanda Merino de Torres, en el que se evidencia que contrajeron nupcias por el rito católico el 25 de octubre de 1972 y que fue inscrito el 25 de octubre de 2011.

c) De acuerdo con la Resolución 8828 de 26 de febrero de 2016, expedida por la Subdirectora de Determinación de Derechos Pensionales de la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social -UGPP-, el señor Joaquín Pablo Torres Díaz (q.e.p.d.) falleció el 12 de noviembre de 2015²⁵.

²² La anterior tesis fue reiterada, recientemente, en sentencia T-018 de 27 de enero de 2014. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

²³ Información tomada de la Certificación suscrita por el Pagador del Distrito No. 6 de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, suscrita el 1 de junio de 1994, visible a folio 58 del expediente.

²⁴ Visible a folios 83 y 84 del expediente,

²⁵ Visible a folios 124 y 125.

d) A través de la Resolución 10441 de 15 de marzo de 2017, suscrita por la misma autoridad administrativa, le fue reconocida la pensión de sobrevivientes, con ocasión del fallecimiento del señor Joaquín Pablo Torres Díaz (q.e.p.d.), a la señora Dubis Yolanda Merino de Torres, con efectividad a partir del 13 de noviembre de 2015²⁶.

e) El 26 de enero de 2018 el Técnico Investigador del Consorcio CYSA, luego de que fue encomendado por la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social -UGPP- para que estableciera la presunta convivencia que existió entre los señores Joaquín Pablo Torres Díaz (q.e.p.d.) y Dubis Yolanda Merino de Torres, determinó que se encontraba inconforme por cuanto, a su juicio, los hechos aducidos por la beneficiaria no correspondían a la realidad²⁷.

f) Por medio de la Resolución RDP 5319 de 13 de febrero de 2018 el Subdirector de Determinación de Derechos Pensionales de la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social -UGPP- negó el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a la señora Elvira Díaz Vergara²⁸, en calidad de madre del señor Joaquín Pablo Torres Díaz (q.e.p.d.), dado que es el Juez quien es el competente para dirimir los posibles conflictos de beneficiarios que puedan existir en la reclamación de este tipo de beneficios²⁹.

g) En la audiencia celebrada el 24 de mayo de 2019 fueron recepcionados los testimonios de los señores Oerty Carmen Castro Cantillo, Margarita Ospino Valencia y Carlos José Torres Merino³⁰.

Pues bien, una vez que se ha relacionado el material probatorio que se encuentra en el expediente, se debe señalar que el artículo 47 de la Ley 100 de 1993 dispuso que, en caso de muerte del pensionado, se requiere que el cónyuge o compañera permanente acredite que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y que haya convivido con el fallecido no menos de cinco años continuos con anterioridad a su muerte.

La Corte Constitucional³¹ al estudiar la exequibilidad del citado artículo, especialmente en lo que tiene que ver con el requisito de convivencia, señaló que:

“(...) 2.5. Constitucionalidad del artículo 13 de la Ley 797

(...)

En relación con los cargos formulados, la Corte encuentra que, en principio, la norma persigue una finalidad legítima al fijar requisitos a los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, lo cual no atenta contra los fines y principios del sistema. En primer lugar, el régimen de convivencia por 5 años sólo se fija para el

²⁶ Visible a folios 140 y 141 del expediente.

²⁷ Visible a folios 95 a 98 del expediente.

²⁸ Representada por el señor Jorge Eliecer Torres Díaz.

²⁹ Visible a folios 129 a 136 del expediente.

³⁰ Visible a folios 292 a 296 y CD a folio 301 del expediente.

³¹ CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C-1094 de 19 de noviembre de 2003, demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 11, 12, 13, 18 y 19 de la Ley 797 de 2003, M. P. Dr. Jaime Córdoba Triviño.

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.

Además, según el desarrollo de la institución dado por el Congreso de la República, la pensión de sobrevivientes es asignada, en las condiciones que fija la ley, a diferentes beneficiarios (hijos, padres y hermanos inválidos). Por ello, al establecer este tipo de exigencias frente a la duración de la convivencia, la norma protege a otros posibles beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, lo cual está circunscrito dentro del ámbito de competencia del legislador al regular el derecho a la seguridad social.

Con base en lo expuesto, al evaluar específicamente los cargos de inconstitucionalidad endilgados contra los literales a) y b) del artículo 13 de la Ley 797 de 2003, la Corte encuentra lo siguiente:

El señalamiento de los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes y la determinación de sus calidades es una materia inherente al régimen de seguridad social, en el marco trazado por el artículo 48 de la Constitución Política.

El hecho de establecer algunos requisitos de carácter cronológico o temporal para que el cónyuge o compañera o compañero permanente superviviente sea beneficiario de la pensión no significa que el legislador haya desconocido o modificado la legislación civil sobre derechos y deberes de los cónyuges emitida en desarrollo del artículo 42 de la Constitución, pues la seguridad social representa un área autónoma frente al ordenamiento civil (CP, arts. 42 y 48).

(...)” (Lo subrayado es de la Sala).

Sobre el tema, para efectos de determinar quién es el llamado a beneficiarse de la pensión de sobrevivientes deben primar el auxilio o apoyo mutuo, la convivencia efectiva, la comprensión y la vida en común al momento de la muerte, situaciones estas que a lo largo del proceso no se lograron probar. Al respecto, en cuanto a ese denominado acompañamiento permanente, la Corte Suprema de Justicia³² también ha señalado que:

“(...) se es cónyuge por virtud del matrimonio, pero no basta con la formalidad solemne de su celebración para conformar el grupo familiar protegido por la seguridad social. Esta calidad sólo se puede predicar de quienes, además, han mantenido vivo y actuante su vínculo mediante el auxilio mutuo -elemento esencial del matrimonio según el artículo 113 del C.C.- entendido como acompañamiento espiritual permanente, apoyo económico y con vida en común que se satisface cuando se comparten los recursos que se tienen, con vida en común o aún en la separación cuando así se impone por fuerza de las circunstancias, ora por limitación de medios, ora por oportunidades laborales (...).”

En lo que respecta a la convivencia y lo que se ha entendido como tal, esta Corporación también ha señalado que³³:

“(...) La “convivencia” entendida no solamente como “habitar juntamente” y “vivir en compañía de otro” sino como acompañamiento espiritual y moral permanente, auxilio, apoyo económico y vida en común es el cimiento del concepto de familia. Núcleo básico de la sociedad que, como ya se indicó, es el objeto principal de protección de la sustitución pensional.

Es necesario precisar que la voluntad de conformar hogar y mantener una comunidad de vida, son elementos distintivos y esenciales del grupo familiar, los

³² CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, sentencia de 8 de agosto de 2006, radicado 27079.

³³ Consejo De Estado, Sección Segunda, Subsección "A", Sentencia Del 7 De Abril De 2011, Radicación Número: 76001-23-31-000-2005-02741-01(0669-08). Consejero Ponente: Luis Rafael Vergara Quintero. Actor: Romelia Lasso Velasco Demandado: Caja Nacional De Previsión Social.

cuales, en criterio reciente y reiterado de la Corte Suprema de Justicia³⁴, no se pueden desvirtuar por la “separación”, cuando esta eventualidad se impone por la fuerza de las circunstancias:

“El grupo familiar lo constituyen aquellas personas entre las que se establecen lazos afectivos estables que deben trascender el plano de un mero acompañamiento emocional y social, y alcanzar el nivel de un proyecto común de vida; es esencial a la familia el prestarse ayuda mutua, que no es cualquier clase de apoyo sino la que se encamina a realizar el propósito familiar común.

De esta manera el acompañamiento espiritual y material ha de estar referido a lo que la jurisprudencia ha reiterado: una verdadera vocación de constituir una familia (...).”

Sin perder de vista lo anterior, la Sala observa que el motivo de inconformidad de la entidad recurrente en contra de la sentencia proferida por el *a-quo* se concreta en la valoración de las pruebas, pues, consideró que omitió examinar en su integridad las pruebas que reposan en el expediente y que demuestran que entre éstos no existió ninguna convivencia; en tal virtud, es necesario efectuar la valoración correspondiente para efectos de establecer si, en este caso, se dio la convivencia efectiva en los términos establecidos por la jurisprudencia de ésta corporación, de la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia antes referidas, esto es, atendiendo el criterio material de convivencia.

La Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social -UGPP- le solicitó la realización de una investigación de campo en aras a establecer la convivencia entre el señor Joaquín Pablo Torres Díaz (q.e.p.d.) y Dubis Yolanda Merino de Torres; posteriormente, según el informe que efectuó el Consorcio CYSA, empresa encargada por la entidad demandante para adelantar los estudios de seguridad, luego de realizar varias diligencias, entre ellas, entrevistas a los señores Jorge Eliecer Torres Díaz «*hermano del causante*», Dubis Yolanda Merino de Torres «*demandada*», Carlos José Torres Merino «*hijo del causante*», Epifanio Manuel Gutiérrez Torregrosa «*vecino del causante*», Teresa de Jesús Gutiérrez de Pico «*tía de la demandada*» y consultas a las bases de datos públicas del Fondo de Seguridad y Garantías FOSYGA, concluyó lo siguiente:

“(...) Atendiendo al resultado obtenido en las labores de verificación adelantadas dentro del presente caso, se concluye lo siguiente:

4.1. Sobre la convivencia entre el causante JOAQUÍN PABLO TORRES DIAZ y la solicitante DUBIS YOLANDA MERIÑO DE TORRES, es claro que existió un familia conformada por esta pareja la cual se unió bajo matrimonio católico celebrado el día 25 de octubre del año 1972 en el Cerro de San Antonio-Magdalena, procrearon tres hijos varones Carlos, Ricardo (q.e.p.d) y Robert Torres Díaz, parte de la convivencia se dio en San Andrés Isla, lugar de trabajo del causante, sin embargo este hogar se disolvió, Dubis se radica en la ciudad de Barranquilla- Atlántico en la casa paterna carrera 2 A 1 No 38 B- 109, desde el año 1986, se trae consigo sus tres hijos, el causante por su parte se queda viviendo en San Andrés Islas, y por mucho que pasaran los años y se pensionara nunca volvió a vivir en familia con la solicitante y sus hijos,

4.2. A pesar que el hijo de la solicitante Carlos José Torres Merino, dice en su entrevista que su mamá y su papá nunca se separaron y su madre DUBIS MERINO

³⁴ Sentencia de Casación Laboral de 27 de abril de 2010, proceso No. 38113, actor: Beatriz Elena Aristizabal Vallejo, M.P. Dr. Eduardo López Villegas.

se vino para Barranquilla por problemas de salud de uno de sus hijos, no es usual que hayan pasado más de 29 años desde que se radicó en Barranquilla y el causante no se hubiera radicado en esta misma ciudad o la solicitante se trasladara a San Andrés Islas, también que una vez Joaquín Pablo se pensiono nunca tuvo la voluntad de unirse nuevamente con la madre de sus hijos,

4.3. Be tiene también la comunicación vía móvil con el señor Jorge Eliecer Torres Díaz (hermano del causante). quien reside en San Andrés Islas y manifestó que desconoce porque DUBIS YOLANDA MERINO solicitó la pensión por su fallecido hermano si ella lo abandono hace aproximadamente de 31 años y nunca volvió a vivir con él, de esto dice existen evidencias que su hermano siempre tuvo afiliada a su mama Elvira Díaz Vergara, y todos sus amigos y vecinos saben que por muchos años no convivio con la solicitante.

4.4. La labor de vecindario fue casi nula porque ningún vecino conoce al causante Joaquín Torres Díaz en el barrio José Antonio Galán carrera 2 A 1 No 38B-109 de la ciudad de Barranquilla, sin embargo, se entrevistó al señor Epifanio Gutiérrez quien reside en San Andrés Islas, pero visita con frecuencia unos familiares que residen en la misma cuadra donde vive la solicitante, manifestó que siempre vio a JOAQUÍN PABLO TORRES DÍAZ residir en San Andrés y a [PUBIS YOLANDA MERINO en Barranquilla — Atlántico, aduce que si bien es cierto, vio a esta pareja viviendo en San Andrés cuando los hijos de ellos estaban pequeños nada mas,

4.5. La señora Teresa de Jesús Gutiérrez tía de la solicitante DUBIS MERIÑO, dijo en su entrevista que JOAQUIN PABLO TORRES DIAZ efectivamente le enviaba a su sobrina cartas que llegaban a su casa y en ellas también mandaba dinero, pero eso lo hacía cuando se podía y hace bastante tiempo, además Joaquín duro muchos años sin venir a Barranquilla, agregó que su sobrina se vino para esta ciudad cuando sus hijos estaban pequeños,

Una vez revisados los documentos obrantes en el expediente y con base en las pruebas recabadas y analizadas en el presente informe, se puede concluir que los hechos aducidos por la señora DUBIS YOLANDA MERIÑO DE TORRES (solicitante) no corresponden a la realidad y por tanto se cierra el caso INCONFORME.

(...)"

Nótese que el anterior concepto fue concluyente en señalar que entre la demandada y el causante nunca existió una convivencia, pues, aunque la mayoría de los declarantes fueron coincidentes en señalar que entre éstos nunca existió una separación, resulta que el señor Jorge Eliecer Torres Díaz «hermano del causante» expresó que:

"(...) desconoce porque DUBIS YOLANDA MERIÑO solicitó la pensión por su fallecido hermano si ella lo abandonó hace aproximadamente 31 años y nunca volvió a vivir con él, de esto dice existen evidencias que su hermano siempre tuvo afiliada a su mama Elvira Díaz Vergara a su núcleo familiar y todos sus amigos y vecinos saben que por muchos años no convivid con la solicitante (...)"

Así las cosas, resulta necesario contrastar este informe con los demás elementos probatorios para efectos de establecer si tales aseveraciones resultan ciertas. En tal sentido, fueron recibidos los testimonios de los señores Oerty Carmen Castro Cantillo «vecina de la demandante», Carlos José Torres Merino «hijo del causante y la demandante»; y, Margarita Ospino Valencia «vecina del causante», quienes fueron categóricos en señalar que, si bien la señora Dubis Yolanda Merino de Torres se vio obligada a trasladarse a la ciudad de Barraquilla para que se encargara de los cuidados de salud de uno de sus hijos que había tenido con el señor Joaquín Pablo Torres Díaz (q.e.p.d.) en el año de 1986, no se puede desconocer que también señalaron

que en ningún momento tomaron la decisión de separarse o, incluso, de formar otro hogar³⁵.

En efecto, todas las pruebas que se encuentran en el expediente, a excepción de la entrevista otorgada por Jorge Eliecer Torres Díaz «*hermano del causante*», fueron determinantes en afirmar que existió una separación de cuerpos accidental, de un lado, porque la demandante se encargaba del cuidado de sus hijos en una ciudad en donde tenían mejores condiciones de salud; y de otro, el señor Joaquín Pablo Torres Díaz (q.e.p.d.) se encargaba de suministrar todos los gastos necesarios que se requerían para su manutención y la de sus hijos.

Bajo tal escenario, la entrevista dada por el señor Jorge Eliecer Torres Díaz «*hermano del causante*» y que sirvió de sustento para que se expidiera el concepto de inconformidad por parte del Consorcio CYSA, empresa encargada en este caso por el ente demandante para efectuara las indagaciones relacionadas con la presunta convivencia entre el causante y la demandada, resulta improcedente tenerla en cuenta; en primer lugar, porque las pruebas que obran en el plenario permiten dar cuenta que existió una relación entre el causante y la demandada fundada en el auxilio o apoyo mutuo, comprensión y vida en común, con vocación de estabilidad y permanencia; y de otro, porque resulta evidente la intención que tenía aquél en que fuera su madre quien se viera beneficiada de la pensión reclamada.

En otras palabras, no es posible desconocer que el señor Jorge Eliecer Torres Díaz, hermano del señor Joaquín Pablo Torres Díaz (q.e.p.d.), es el curador de su madre, la señora Elvira Díaz Vergara, a quien le fue negada la pensión de sobrevivientes; por ende, resulta inoportuno tener en cuenta la entrevista que é rindió cuando a todas luces carece de objetividad, dados los intereses que obraban de por medio.

Para la Sala, la convivencia no se restringe a una simple cohabitación, sino que se trata del deseo de la pareja de construir y mantener una familia, aunque no requiere de formalismo para su constitución, si es necesario la acreditación de los elementos básicos de permanencia y estabilidad, como el hecho de que mantuvieran su continua comunicación, apoyo e incondicionalidad pese a la distancia. En efecto, la convivencia no se refiere, en forma exclusiva, a compartir el mismo techo y habitar junto al otro, sino a los elementos que en mayor medida definen esa convivencia, como, por ejemplo, el acompañamiento espiritual, moral y económico y el deber de apoyo y auxilio mutuo, aspectos que la demandada logró demostrar, pues, además de las declaraciones que fueron aportadas para que le fuera reconocida la pensión de sobrevivientes, aportó al plenario varias declaraciones que demuestran la relación que mantuvo con el causante.

Se insiste, aun cuando la distancia los separaba, las pruebas que obran en el plenario permiten dar cuenta acerca del apoyo y comprensión mutua, pues

³⁵ Información tomada de la Audiencia de Pruebas adelantada el 24 de 2019 de 2019 CD visible a folio 301 del expediente.

además de que estaba pendientes el uno del otro, se visitaban continuamente en el lugar de residencia de cada uno de ellos.

Pero, si en gracia de discusión no se admitiera lo anterior, resulta que el inciso 3º del literal b) del artículo 47 de la Ley 100 de 1993⁵⁶ brindó la oportunidad a la cónyuge supérstite de ser beneficiaria de la pensión de sobrevivientes, pero solo cuando se ha mantenido la sociedad conyugal vigente. Lo cual sucedió en el presente caso, pues aunque aparentemente estuvieron separados de hecho, su matrimonio estuvo vigente hasta cuando falleció el señor Joaquín Pablo Torres Díaz (q.e.p.d.). Lo anterior, por cuanto la separación de hecho no resta efectos a la sociedad patrimonial existente entre el causante y su cónyuge sobreviviente, dado que los haberes del matrimonio siguen produciendo efectos jurídicos.

Al respecto la Corte Constitucional en sentencia C-336 de 2014⁵⁷, sobre la cual se realizó un estudio previamente, al declarar exequible la expresión “*la otra cuota parte le corresponderá a la cónyuge con la cual existe la sociedad conyugal vigente*” contenida en el inciso final del literal b) del artículo 13 de Ley 797 de 2003 dispuso que la separación de hecho suspende los efectos de la convivencia y apoyo mutuo, más no los de la sociedad patrimonial conformada entre los cónyuges, además dispuso que:

“(...) 1.4. El Legislador dentro del marco de su competencia, en desarrollo del derecho a la seguridad social en pensiones, puede regular lo referente a los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes. En ese orden de ideas, en el caso de la convivencia no simultánea entre el cónyuge con separación de hecho y con sociedad conyugal vigente y el último compañero permanente, ponderó los criterios de la sociedad patrimonial existente entre los consortes y la convivencia efectiva consolida con antelación al inicio de la unión marital de hecho, mediante la asignación de una cuota parte de la pensión.

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

(...)”.

Posteriormente, la misma Corporación en sentencia C-515 de 2019³⁶, al estudiar la expresión “*con sociedad conyugal vigente*”³⁷, contenida en el inciso final del literal b) del artículo 13 de la Ley 797 de 2003, el cual modificó los artículos 47 y 74 de la Ley 100 de 1993, dispuso que “*(...) el requisito de existencia del vínculo patrimonial (sociedad conyugal vigente) hasta el fallecimiento del causante es el criterio relevante en el contexto de convivencia no simultánea, y el mismo corresponde con: (i) la amplia potestad de configuración del legislador en materia pensional; y (ii) los efectos que se derivan de la Constitución y la disolución*

³⁶ CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C-515 de 2019, demanda de inconstitucionalidad contra el inciso final del literal b) del artículo 13 parcial de la Ley 797 de 2003, “*Por la cual se reforman algunas disposiciones del sistema general de pensiones previsto en la Ley 100 de 1993 y se adoptan disposiciones sobre los Regímenes Pensionales exceptuados y especiales*”,

³⁷ Pues aparentemente se había vulnerado el derecho a la igualdad, por cuanto, no existían razones suficientes para que la norma reconociera el derecho a la pensión de sobrevivientes a los cónyuges separados de hecho con sociedad conyugal vigente, pero excluyera de sus efectos a los que, estando en las mismas circunstancias, disolvieron de manera voluntaria dicho vínculo patrimonial.

de la sociedad conyugal, sobre las pensiones como derecho a suceder del cónyuge supérstite (...)", para el efecto estimó que:

"(...) 72. En primer lugar, señala la Corte que estos dos grupos de sujetos están en un diferente plano jurídico y fáctico. Por un lado, el cónyuge separado de hecho con sociedad conyugal vigente mantiene en su totalidad los efectos de orden patrimonial. Si bien existe una ruptura de la cohabitación o convivencia y apoyo mutuo -a pesar de haber existido por lo menos 5 años-, los cónyuges no han expresado su deseo de dar por terminada su sociedad conyugal, al punto que preservan el vínculo económico y los derechos que de este se derivan. Por otro lado, en el caso del cónyuge separado de hecho con sociedad conyugal disuelta, por decisión libre de los cónyuges se extinguen los efectos patrimoniales del vínculo matrimonial, aunado a la separación de hecho, por lo que, no existen en este caso vínculos afectivos o económicos que permitan inferir su calidad de beneficiario.

73. En segundo lugar, los grupos cuya comparación se propone no pueden ser considerados equiparables en el supuesto previsto en la disposición acusada –convivencia no simultánea-, en razón a que el requisito de la vigencia de la sociedad conyugal tiene la finalidad de concretar el objeto de la pensión de sobrevivientes, esto es, proteger el núcleo familiar del causante que resulta afectado por su deceso (ver supra, numerales 54 y 55). La configuración normativa de esta prestación económica tiene como base el requisito de convivencia efectiva con el causante. Sin embargo, en los supuestos de convivencia no simultánea entre el cónyuge y la compañera o compañero permanente, la ausencia de una convivencia efectiva dentro de los 5 años anteriores a la muerte del causante, justifica que el legislador, en ejercicio del amplio margen de configuración en materia pensional (ver supra, numerales 56 y 57), establezca la vigencia de la sociedad conyugal como una condición necesaria para reconocer este derecho pensional al cónyuge supérstite, que separado de hecho, mantuvo el vínculo patrimonial con el causante, guiada por los principios que definen la pensión de sobrevivientes. Por lo anterior, es dado concluir que le asisten razones al legislador para distinguir en situaciones donde no es posible que el cónyuge acredite la convivencia hasta la muerte del causante –convivencia no simultánea-, que el cónyuge supérstite acredite la vigencia del vínculo patrimonial –sociedad conyugal-, que de manera voluntaria decidieron mantener con el causante, pese a la separación de hecho.

(...)

76. Con fundamento en lo anterior, es dado concluir que no hay mérito para continuar con el análisis de las etapas subsiguientes del juicio de igualdad, por cuanto, es claro que no existen sujetos comparables que se encuentren en situaciones de hecho o de derecho comparables, por cuanto, aquellos que se separaron de hecho (efectos personales) y que liquidaron su sociedad conyugal (efectos personales), no pueden tener una expectativa pensional dada la inexistencia de lazos afectivos o económicos entre el cónyuge supérstite y el causante. En consecuencia, la Corte no advierte que exista un cuestionamiento de la disposición parcialmente acusada desde el punto de vista del derecho a la igualdad, por lo que procederá a declarar su constitucionalidad.

(...)"

Por lo anterior, si la señora Dubis Yolanda Merino Torres «cónyuge supérstite», aparentemente³⁸, se había separado de hecho del señor Joaquín Pablo Torres Díaz (q.e.p.d.) no habían liquidado la sociedad conyugal y, además, no tenía convivencia simultánea con otra persona para el momento del fallecimiento de éste, no le era aplicable lo previsto en el literal a) del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, el cual le exigía probar, su convivencia con

³⁸ Pues se encuentra probado que no existió separación entre el causante y la demandada.

el causante dentro de los 5 años anteriores a su deceso, sino que su situación se enmarcaba en lo dispuesto en el inciso tercero literal b) *ibídem*, que refiere a hipótesis normativas no solo de disputas entre parejas del causante, ya sea por convivencia simultánea con cónyuge supérstite y compañero permanente, o convivencia no simultánea con el cónyuge separado de hecho y sociedad conyugal vigente, sino al escenario que se estudia en el presente caso, en donde la cónyuge no ha liquidado la sociedad conyugal y no hay compañera permanente que pugne por el derecho pensional.

No obstante, se insiste, lo que existió entre la demandada y el pensionado fue una convivencia efectiva, entendida ésta como el apoyo espiritual, moral, auxilio, compañía, afecto o dependencia en aspectos económicos y de seguridad social que han sido criterios orientadores de esta Corporación³⁹ al momento de la valoración de la existencia de una convivencia de pareja; por ende, la Sala confirmará la sentencia que negó las pretensiones de la demanda.

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

FALLA

CONFIRMAR la sentencia de 25 de julio de 2019, proferida por el Tribunal Administrativo de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, por medio de la cual negó las pretensiones de la demanda incoada por la Unidad Administrativa de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social -UGPP- en contra de la señora Dubis Yolanda Merino de Torres.

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

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en la presente sesión⁴⁰.

(Firmado electrónicamente)
CARMELO PERDOMO CUÉTER

(Firmado electrónicamente)
CÉSAR PALOMINO CORTÉS

(Firmado electrónicamente)
SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ

³⁹ Consejo De Estado, Sala De Lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A. Sentencia Del 24 De Octubre De 2012, Radicación Número: 25000-23-25-000-2010-00860-01(2475-11). Consejero Ponente: Luis Rafael Vergara Quintero

⁴⁰ Se deja constancia de que esta providencia se firma en forma electrónica mediante el aplicativo SAMAI, de manera que el certificado digital que arroja el sistema valida la integridad y autenticidad del presente documento en el link <http://relatoria.consejodeestado.gov.co:8081/Vistas/documentos/validador>