

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN SEGUNDA - SUBSECCIÓN "A"

Consejero Ponente: JORGE OCTAVIO RAMÍREZ RAMÍREZ (E)

Bogotá D.C., veintitrés (23) de septiembre de dos mil quince (2015).

Radicación N°: 250002325000200800580 01

Número Interno: 3789-2013

Actor: ANA MÁRQUEZ DE RIAÑO.

Demandada: FONDO DE PRESTACIONES ECONÓMICAS, CESANTÍAS Y PENSIONES (FONCEP) Y ANA MECEDES CARRASCAL FLÓREZ.

APELACIÓN SENTENCIA

AUTORIDADES DISTRITALES

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del 16 de mayo de 2013, proferida por la Sección Segunda, Subsección B, del Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

ANTECEDENTES

Por intermedio de apoderado, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho de que trata el artículo 85 del C.C.A., la accionante demanda¹ la nulidad de los siguientes actos administrativos: 1) Las Resoluciones Nos. 0836 del 13 de agosto de 2004, 1039 del 6 de octubre de 2004 y 2090 del 4 de agosto de 2005, mediante las cuales se reconoció, inicialmente, en forma

¹ Escrito que contiene la demanda se ve a fols.47-55 del cuaderno principal. Presentada el 31 de octubre de 2007 (fol.55), y escrito de corrección a la demanda se ve a fols.59-62.

provisional pensión de sobrevivientes a favor de la señora Ana Mercedes Carrascal Flórez y, posteriormente, en forma definitiva. 2) La Resolución No. 0891 del 12 de junio de 2007, por la cual se le negó a la demandante, señora Ana Márquez de Riaño, la pensión de sobrevivientes.

Como resultado de la anterior declaración, a título de restablecimiento del derecho, solicita se le “reconozca la sustitución pensional de EDUARDO RIAÑO ARAÚJO”, y se ordene al FONCEP “el pago de las mesadas pensionales, a partir de la fecha en que se le reconozca el derecho”.

Hechos sustento de lo pretendido

Narra la accionante que el 3 de diciembre de 1948 contrajo matrimonio con Eduardo Riaño Araújo, de cuya unión nacieron Luz Mélida del Socorro, Elsy Nidia del Pilar, Marta Elena, Fernando Alberto, Jorge Alberto (q.e.p.d.), Ruby Stella y Gladys Fabiola

Mediante la Resolución No. 01770 del 29 de diciembre de 1995, la Caja de Previsión Social de Bogotá le reconoció a su cónyuge pensión de jubilación.

Dice que el señor Eduardo Riaño Araújo convivió, en forma simultánea, durante varios años con la señora Ana Mercedes Carrascal Flórez, con quien procreó una hija de nombre Olga Elena.

El 13 de noviembre de 2003 falleció el señor Eduardo Riaño Araújo, y a través de la Resolución No. 0836 del 13 de agosto de 2006, expedida por la Secretaría de Hacienda de la Alcaldía Mayor de Bogotá, se reconoció en forma provisional la pensión de sobrevivientes a la señora Ana Mercedes Carrascal Flórez.

Posteriormente, mediante la Resolución No. 1039 del 6 de octubre de 2004, la Subdirectora de Obligaciones Pensionales de la Secretaría de Hacienda, reconoció en forma definitiva la pensión de sobrevivientes a la mencionada señora. Resolución que fue aclarada mediante la No. 2090 del 4 de agosto de 2005.

Indica que el Fondo de Prestaciones Económicas, Cesantías y Pensiones (FONCEP²), mediante la Resolución No. 0891 del 12 de julio de 2007 le negó, en su condición de cónyuge supérstite, la solicitud de pensión de sobrevivientes del causante Eduardo Riaño Araújo.

Normas violadas y concepto de violación

Artículos 47 y 74 de la Ley 100 de 1993, modificados por la Ley 797 de 2003.

Dentro del concepto de violación se expone que, al momento de su muerte, el señor Eduardo Riaño Araújo compartía convivencia entre la actora (cónyuge) y la compañera permanente, pero el vínculo matrimonial se encontraba vigente, motivo por el cual estima que conforme el marco legal, era a ella a quien debió haberse sustituido la pensión de sobrevivientes, porque la norma señala que en caso de convivencia simultánea en los últimos 5 años, antes del fallecimiento del causante, entre un cónyuge y una compañera permanente, la beneficiaria será la esposa.

Contestación de la demanda

El Fondo de Prestaciones Económicas, Cesantías y Pensiones (FONCEP), por intermedio de apoderado contestó la demanda y se opuso a la prosperidad de las pretensiones.³

Que la entidad no podía acceder a lo reclamado por la actora, puesto que mediante actuación administrativa ya había ordenado el reconocimiento de la sustitución a la compañera permanente del causante, Ana Mercedes Carrascal Flórez, en tanto que en el expediente se encontró que antes de su fallecimiento, el señor Eduardo Riaño Araújo, en virtud de la Ley 44 de 1980, había presentado el 14 de noviembre de 2001, ante el Fondo de Pensiones Públicas, escrito solicitando que al momento de su muerte se traspasara la pensión a su compañera permanente, al que adjuntó declaraciones extrajuicio de los señores Pedro Carreño Rincón y Daniel Cortés, sobre haber convivido con ella desde hacía uno 20 años y procreado una hija de nombre Olga Elena Riaño Carrascal,

² Ilustra que en el artículo 60 del Acuerdo Distrital 257 del 30 de noviembre de 2006, se dispuso la transformación del Fondo de Ahorro y Vivienda (FADIVI), en el Fondo de Prestaciones Económicas, Cesantías y Pensiones (FONCEP), establecimiento público del Orden Distrital.

³ Su contestación obra a fols.89-97.

allegando además, copia de la afiliación a la EPS Compensar, en la que aparecía la señora Ana Mercedes como beneficiaria.

Llama la atención -dijo-, que sólo después de 2 años de haberse realizado el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a la señora Ana Mercedes Carrascal, y transcurridos 4 años desde la muerte del señor Eduardo Riaño, la demandante solicite dicha prestación en su condición de cónyuge supérstite, argumentando convivencia simultánea, no obstante que en las declaraciones extrajuicio que obran dentro del expediente administrativo, en ninguna se advirtió la existencia de tal convivencia simultánea, o que acreditara que el causante hubiera convivido con la actora durante los últimos 5 años.

Propuso las excepciones que intituló: a) Inexistencia de la obligación demandada; b) inepta demanda por la omisión de explicar el concepto de violación de los fundamentos de derecho; c) conocimiento de los jueces laborales del circuito de las pretensiones de seguridad social; d) prescripción de mesadas pensionales; e) caducidad, y f) la genérica

La señora Ana Mercedes Carrascal Flórez, mediante apoderado, dio respuesta y se opuso a las pretensiones de la demanda.⁴

Señaló que el reconocimiento del derecho a la sustitución pensional está sujeto a la comprobación material de la situación efectiva y de convivencia en que vivía el pensionado al momento de su muerte; que ella y el causante, convivieron de manera estable como compañeros permanentes durante los últimos 20 años de vida del señor Riaño, brindándose ayuda y apoyo mutuo, conviviendo bajo el mismo techo, formando con su hija Olga Helena un núcleo familiar, siendo reconocida ante la sociedad y ante los hijos habidos en el matrimonio con la accionante, como la compañera del de *cujus*.

Propuso las excepciones de: a) inexistencia de la obligación; b) prescripción; c) cobro de lo no debido; d) presunción de legalidad de la Resolución No. 0836 del 13 de agosto de 2004 y falta de agotamiento de la vía gubernativa frente a dicho acto.

LA SENTENCIA APELADA

⁴ Escrito de contestación aparece a fols.99-113.

Por sentencia del 16 de mayo de 2013, la Sección Segunda, Subsección B, del Tribunal Administrativo de Cundinamarca⁵ accedió a las pretensiones de la demanda, en los siguientes términos: En el numeral primero, declaró no probadas las excepciones propuestas por los demandados⁶; en el segundo, declaró probada la excepción de prescripción de las mesadas pensionales; en el tercero, negó las tachas formuladas por las partes respecto de varios testigos; en el cuarto, declaró la nulidad parcial de las resoluciones Nos. 0836 del 13 de agosto de 2004, 1039 del 6 de octubre de 2004 y 2090 del 4 de agosto de 2005, que sustituyeron la pensión de jubilación a la señora Ana Mercedes Carrascal Flórez, y la nulidad total de la Resolución No. 891 del 12 de junio de 2007, mediante la cual se negó la sustitución a la actora; en el quinto, como restablecimiento del derecho, ordenó sustituir en forma vitalicia, “*a partir del 13 de noviembre de 2003*”, la pensión de jubilación a la accionante, como cónyuge sobreviviente, en un 55%, y a la compañera permanente en un 45% de la cuantía de la referida pensión, “*pese a que el pago de las mesadas se dispone desde la fecha de ejecutoria de esta sentencia*”.

El Tribunal, luego de citar el literal b) del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, así como jurisprudencia de las altas Cortes, relacionada con la pensión de sobrevivientes cuando existen cónyuge y compañera permanente, y después de destacar hechos probados, señaló que pese a no haberse demostrado “*la convivencia simultánea del causante con su compañera permanente y la actora, en su condición de cónyuge superviviente, durante los últimos cinco (5) años de vida, la situación fáctica demostrada en el plenario, se enmarca en la hipótesis contenida en el inciso tercero de la letra b del artículo 47.*”⁷

Dicho lo anterior, precisó que: i) el vínculo matrimonial de la demandante con el causante inició el 3 de diciembre de 1948 y estuvo vigente hasta su deceso

⁵ El texto de la sentencia obra a fols.307-325.

⁶ Declaró no probadas las siguientes: *inepta demanda por la omisión de explicar el concepto de violación de los fundamentos de derecho; conocimiento de los jueces laborales del circuito de las pretensiones de seguridad social; caducidad de la acción; presunción de legalidad de la Resolución No. 0836 del 13 de agosto de 2004 y falta de agotamiento de la vía gubernativa frente a dicho acto.*

⁷ Textualmente dice la segunda parte del inciso 3º del literal b) del artículo 47 de la Ley 100 de 1993: “*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*”.

ocurrido el 13 de noviembre de 2003, **ii)** el señor Eduardo Riaño Araújo convivió con la señora Ana Mercedes Carrascal durante más de 5 años anteriores a su muerte, y estuvo separado de hecho de su cónyuge más de 25 años - aproximadamente desde 1978 en que empezó la unión con la señora Carrascal-, concluyendo que los primeros 30 años de matrimonio los convivió con su esposa; **iii)** la accionante, en calidad de cónyuge, convivió como mínimo 5 años con el de *cujus* en cualquier tiempo, y en ese orden de ideas, le asiste derecho a la sustitución conforme el inciso 3º del literal b) del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, motivo el cual no se ajusta a derecho la decisión del FONCEP, de negarle la sustitución argumentando que no había convivido con el pensionado, durante los últimos 5 años de vida y hasta la fecha de su fallecimiento.

Estableció que por los 30 años de convivencia de la accionante, en calidad de cónyuge, con el señor Eduardo Riaño, tiene derecho a la sustitución de la pensión de jubilación, en una cuota parte equivalente al 55%, y la señora Ana Mercedes Carrascal, en su condición de compañera permanente durante los últimos 25 años, al otro 45%.

Declaró la prescripción de las mesadas causadas anteriores al 23 de febrero de 2004, porque la actora elevó petición reclamando el derecho el 23 de febrero de 2007, pero, como no existe prueba orientada a demostrar fraude o maniobras ilegales de la hoy sustituta para obtener la aludida pensión, en aplicación del numeral 2º del artículo 136 del C.C.A., no hay lugar a ordenarle a la señora Ana Mercedes Carrascal Flórez reintegro de las mesadas recibidas, razón por la cual, *“pese a que la sustitución pensional procede a partir del 23 de febrero de 2004, se ordenará su pago desde la ejecutoria de esta providencia”*.

LA APELACIÓN

Tanto la parte demandante como la accionada Ana Mercedes Carrascal Flórez interpusieron recurso de apelación contra el fallo del Tribunal, sin embargo el recurso interpuesto por la señora Ana Mercedes fue rechazado por extemporáneo (fol.341).

La accionante apeló con el propósito de que la decisión sea revocada⁸, y expuso dos frentes.

⁸ Escrito de apelación obra a fols.327-331.

En el primero, como solicitud principal, afirmó que existió una indebida aplicación del artículo 47 de la Ley 100 de 1993 por parte del *a quo*, porque en caso de convivencia simultánea en los últimos cinco años, antes del fallecimiento del causante, entre un cónyuge y una compañera, la beneficiaria será la esposa, por lo tanto le corresponde a la señora Ana Márquez de Riaño el 100% de la pensión del fallecido Eduardo Riaño Araújo, y que el pago de las mesadas no debe hacerse desde la ejecutoria de la sentencia, como lo ordenó el *a quo*, sino que *“debe generarse tres años atrás a partir de la fecha de presentación de la demanda -16 de mayo de 2008- a FONCEP, por cuanto dicha demanda interrumpió la prescripción”*.

En el segundo, como subsidiario, dijo que el Tribunal no sopesó en debida forma el registro fílmico y fotográfico que da cuenta que existió una convivencia real y efectiva entre la actora y el causante, *“durante toda la vigencia del contrato matrimonial y obviamente durante los últimos cinco años de vida”* del pensionado, que, de haberlo hecho, *“se hubiese reconocido como mínimo un 75% del valor de la sustitución pensional a favor de la parte demandante”*.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

La parte demandante presentó alegatos⁹, enfatizando lo planteado en su recurso.

La señora Ana Mercedes Carrascal Flórez allegó escrito de alegatos¹⁰, y solicitó mantener la decisión del *a quo*.

La entidad demandada hizo lo propio¹¹, para que sea absuelta de las súplicas de la demanda.

El Ministerio Público rindió concepto¹² solicitando se confirme la decisión apelada.

No existiendo causal de nulidad que pueda invalidar lo actuado se procede a decidir previas las siguientes,

⁹ Fols.373-378.

¹⁰ Fols.357-363.

¹¹ Fols.370-372.

¹² Fols.381-391.

CONSIDERACIONES

CUESTIÓN JURÍDICA A RESOLVER

Se circunscribe a analizar la legalidad de las Resoluciones Nos. 0836 del 13 de agosto de 2004, 1039 del 6 de octubre de 2004 y 2090 del 4 de agosto de 2005, mediante las cuales se reconoció la pensión de sobrevivientes a la señora Ana Mercedes Carrascal Flórez, y de la Resolución No. 0891 del 12 de junio de 2007, por medio de la cual se le negó a la demandante ese derecho.

Para ese propósito y conjugando lo expuesto en la alzada, debe establecerse si, como lo afirma la parte accionante, tiene derecho al 100% de la pensión *post mortem* del señor Eduardo Riaño Araújo, por haber existido convivencia simultánea en los últimos cinco años previos al fallecimiento del causante, o si le asiste el derecho a una cuota parte más alta de la que dispuso el Tribunal en su fallo.

Así mismo, la Sala deberá establecer si el pago de las mesadas debe generarse tres años atrás a partir de la fecha de la presentación de la demanda, como se afirma en la apelación, y no desde la ejecutoria del fallo como lo determinó el Tribunal.

TESIS DE LA SALA

Dentro del preciso marco del recurso de apelación, se comparte la decisión del Juez de Primera Instancia, que declaró la nulidad parcial de los tres primeros actos administrativos cuestionados, y la nulidad total del último, ordenando a título de restablecimiento del derecho reconocer y pagar a la actora un 55% del monto de la pensión de sobrevivientes de su fallecido cónyuge, Eduardo Riaño Araújo, por lo 30 años de convivencia con éste, y el restante 45% para la señora Ana Mercedes Carrascal Flórez, en su condición de compañera permanente, al haber convivido durante los últimos 25 años del vida con el causante.

También se avala la decisión del *a quo*, en el sentido que, si bien la sustitución pensional procedía a partir del 13 de noviembre de 2003, había operado el fenómeno jurídico de la prescripción trienal sobre las mesadas causadas con antelación al 23 de febrero de 2004, porque la actora formuló reclamo el 23 de febrero de 2007. Pero como la parte actora no probó mala fe o maniobras

fraudulentas de la hoy sustituta, señora Ana Mercedes Carrascal Flórez, para obtener la sustitución pensional, en aplicación de lo señalado en numeral 2º del artículo 136 del C.C.A., no hay lugar a ordenar que ella reembolse lo que ha recibido con ocasión de la sustitución, motivo por el cual dispuso el pago de mesadas a la demandante a partir de la ejecutoria del fallo.

LO PROBADO EN EL PROCESO

a) La demandante contrajo matrimonio con el señor Eduardo Riaño Araújo el 3 de diciembre de 1948 (fol.24 c. ppal.)

b) Mediante Resolución 1770 del 29 de diciembre de 1995, la Caja de Previsión Social de Santa fé de Bogotá, reconoce pensión de jubilación al señor Eduardo Riaño Araújo, en los términos de la Ley 33 y 62 de 1985, con efectos a partir del 1º de julio de 1994 (fols.140-142 c.2).

c) El 14 de noviembre de 2001 el señor Eduardo Riaño radicó, ante el Fondo de Ahorro y Vivienda (Fadivi), "*solicitud de traspaso de pensión*" a favor de la señora Ana Mercedes Carrascal Flórez (fo.157 c.29).

d) El señor Eduardo Riaño Araújo falleció el 13 de noviembre de 2003 (fol.35 C ppal.).

e) La Compañía de Previsión Exequial Prevenir, certificó que el 13 de noviembre de 2003 prestó servicios funerarios para el señor Eduardo Riaño Araújo, que incluyó "*traslado del cuerpo perímetro urbano desde... la Cra 70 No 33-85 Mz C int. 37 Apto 304 en el Barrio Carlos Lleras...*" (fol.120 c. ppal.). Lugar donde convivieron en los últimos años, la señora Ana Mercedes Carrascal y el causante.

f) Conforme certificado de la Coordinadora del Grupo de Nómina de Pensionados de la Secretaría de Hacienda de Bogotá, el causante se encontraba en la nómina de esa entidad con reconocimiento de pensión de jubilación (flo.222 c. 2).

g) Declaraciones extrajuicio de fecha 25 de octubre de 2001, rendidas ante el Notario 14 del Círculo de Bogotá por los señores Pedro Carreño Rincón y Daniel Cortés Rubiano, en las que manifestaron que les contaba que el señor Eduardo Riaño Araújo convivía desde hace unos 20 años con la señora Ana Mercedes

Carrascal Flórez, bajo el mismo techo, y que de dicha unión nació Olga Elena Riaño Carrascal¹³ (fols-161-162 c.2).

h) Por Resolución 836 del 13 de agosto de 2004, la Secretaría de Hacienda de Bogotá sustituyó, en forma provisional, a partir del 13 de noviembre de 2003, a la señora Ana Mercedes Carrascal Flórez, la pensión de jubilación del fallecido Eduardo Riaño Araújo, señalando que en vida el causante solicitó su traspaso a ella (fols.107-109 c.2).

i) Mediante la Resolución 1039 del 6 de octubre de 2004, la Secretaría de Hacienda de Bogotá reconoció en forma definitiva, la pensión de sobrevivientes a la señora Carrascal Flórez, con efectos a partir del 13 de noviembre de 2003, teniendo en cuenta que una vez surtida la publicación ordenada en la Ley 44 de 1980¹⁴, *“no se presentó dentro del término legal persona distinta de la que inicialmente formuló la petición...”* (fols.223-229 c.2).

Esta resolución fue aclarada a través de la Resolución 2090 del 4 de agosto de 2005, para señalar que la condición de la señora Ana Mercedes Carrascal Flórez era de compañera permanente (fol.244 c.2).

j) Mediante escrito del 23 de febrero de 2007 la demandante, en su condición de cónyuge, solicitó al Fondo de Prestaciones Económicas, Cesantías y Pensiones (Foncep), la sustitución de la pensión de jubilación del señor Eduardo Riaño Araújo (fols.250-255).

k) A través de la Resolución 891 del 12 de junio de 2007, el Director General del Foncep negó la solicitud de la actora, porque *“...del acervo probatorio recaudado, es posible concluir que la peticionaria no tiene derecho a la pensión de sobrevivientes no obstante poseer la calidad de cónyuge, por cuanto no se encuentra plenamente establecido que convivió con el pensionado durante los últimos 5 años de vida y hasta la fecha de su fallecimiento”* (fols.307-311 c.2).

l) En el cuaderno principal obran declaraciones extrajuicio rendidas en el año 2006, en diversas notarías del círculo notarial de Bogotá, por hijos, nueras, yernos y nietos de Eduardo Riaño y la accionante, son ellos: Luz Mélida Riaño de Vélez

¹³ A fol.160 c.2 aparece registro civil de nacimiento de la Notaría Sexta de Bogotá, donde consta que el 15 de septiembre de 1984 nació Olga Elena Riaño Carrascal.

¹⁴ *“Por la cual se facilita el procedimiento de traspaso y pago oportuno de las sustituciones pensionales”.*

(hija-fol.37), Nohemí Cristina González de Riaño (nuera-fol.38), Hernando Vélez Forero (yerno-fol.39), Yenny Alexandra Ávila Riaño (nieta-fol.40), María Angélica Riaño González (nieta-fols.41-42), Carlos Eduardo Riaño González (nieto-fols.43-44), y declaración extrajuicio rendida en el mismo año en la Notaría 8ª de Bucaramanga por Mélida del Pilar Riaño Vargas¹⁵ (hija del causante con mujer distinta a la actora-fol.46). Así mismo se encuentra declaración extrajuicio de la accionante (fol.45).

Como común denominador, en todas estas declaraciones extrajuicio se trató de resaltar que siempre existió una convivencia entre el señor Eduardo Riaño Araújo y la señora Ana Márquez, sin embargo, en ellas se reconoce que eran conedores que el causante tenía una relación de pareja con la señora Ana Mercedes Carrascal, con la que tuvo una hija de nombre Olga Elena.

m) Dentro del proceso se decretó interrogatorio de parte a la accionante, y se recepcionaron diversos testimonios, entre ellos, los de las personas que habían rendido declaración extrajuicio¹⁶, referenciadas en el numeral anterior.

Del interrogatorio de la señora Ana Márquez de Riaño (fols.153-156 c. ppal.) tenemos: Cuando le preguntaron si estaba separada de cuerpos con el señor Eduardo Riaño hacía más de 20 años al momento de su muerte, contesto. *“Sí, sin embargo él iba y comía en la casa, fui muy especial con él, él siempre estaba presente en las celebraciones familiares conmigo...”*. A la pregunta, si tuvo conocimiento de la unión marital de hecho que existió entre el causante y la señora Ana Mercedes Carrascal, dijo: *“Sí, sí la conocí”*. Y cuando le interrogan que señalara si era cierto o no que la señora Ana Mercedes Carrascal había convivido con Eduardo Riaño durante más de 25 años y hasta el día de su fallecimiento, respondió: *“Sí”*.

En audiencia del 13 de abril de 2010 (fols.157-168 c. ppal.), se recibieron los testimonios de Olga Elena Riaño Carrascal (hija del causante y Ana Mercedes), José Luís Lugo Murillo (cuñado de Ana mercedes), de Elvira Flórez de Carrascal (madre de Ana Mercedes Carrascal).

¹⁵ Esta declaró ser hija del señor Eduardo Riaño Araújo y de la Sra. Mariela Vargas Díaz, quienes contrajeron matrimonio, el cual fue anulado por la existencia de vínculo previo de aquél con la Sra. Ana Márquez.

¹⁶ Vale señalar que de las declaraciones que rindieron ante el Tribunal en la audiencia del 14 de abril de 2010, hijos, nietos y yernos de la actora, se extrae que no eran tan cierto lo que habían dicho en las declaraciones extrajuicio que rindieron en el año 2006, en las que afirmaban que siempre habían convivido como pareja Ana Márquez y Eduardo Riaño.

La señora Elvira Flórez de Carrascal, precisó que Ana Mercedes se conoció con Eduardo en 1978, cuando éste era director de la cárcel de Faca y ella trabajaba en un Juzgado, quien pidió la mano de su hija, afirmando que era viudo, e inclusive después les mostró un acta de matrimonio de que se había casado, y desde esa fecha hasta su muerte estuvieron juntos.

Este testimonio es congruente con el testimonio del señor José Luís Lugo Murillo, y con la declaración que en la audiencia del 14 de abril del mismo año rindió la señora Clara Mercedes María Luengas, quien manifestó que conocía a Ana Mercedes hacía muchos años, y que *“estaba casada con Eduardo y convivieron por mucho tiempo hasta que él murió..., ellos vivieron todo el tiempo que yo sepa desde el 78, que fue el matrimonio de ellos, conocía a Eduardo como esposo de ella, con su hija Olga,...”*.

n) Del registro fotográfico y fílmico que, afirma en su recurso la parte demandante, es la prueba reina de que existió convivencia simultánea (cuaderno anexo), lo único que advierte esta Sala es que, a pesar de la separación de hecho entre la demandante y el señor Eduardo Riaño Araújo, éste solía asistir a determinados momentos importantes para la familia que en su momento formaron, tales como grados, matrimonios, viajes y cumpleaños de hijos y de nietos, y en ocasiones en celebraciones de fin de año.

Ello, en sí mismo, no significa que haya existido una convivencia simultánea del causante con la actora y, a su vez, con la señora Ana Mercedes Carrascal, durante los últimos 5 años anteriores a su muerte.

ANOTACIONES DE LA SALA

1. Dimensión constitucional de la Pensión de Sobrevivientes

Desde sus primeros fallos, la Corte reconoció que la pensión de sobrevivientes es un derecho revestido por el carácter de cierto, indiscutible e irrenunciable, y que constituye para sus beneficiarios un derecho fundamental.¹⁷

Ahora, conforme lo consagrado en el artículo 46 de la ley 100 de 1993, la pensión de sobrevivientes es una prestación económica reconocida a favor del grupo

¹⁷ El carácter de derecho fundamental ha sido sostenido en las sentencias T-553 de 1994, MP Dr. José Gregorio Hernández Galindo, y T-827 de 1999, MP Dr. Alejandro Martínez Caballero.).

familiar del pensionado por vejez o invalidez que fallece, y tiene por finalidad proteger a los miembros de dicho grupo del posible desamparo al que se pueden enfrentar por razón de la muerte del causante, en tanto que antes del deceso dependían económicamente de éste. De esta manera, con la pensión de sobrevivientes se pretende garantizar a la familia del causante el acceso a los recursos necesarios para garantizarse una existencia digna y continuar con un nivel de vida similar al que poseían antes de su muerte.¹⁸

2. El artículo 47 de la Ley 100, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, señala quiénes son los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes

Para los efectos de dilucidar lo que interesa en el presente caso, basta destacar el inciso tercero del literal b del artículo 47, que establece lo siguiente:

“Artículo 47. Beneficiarios de la Pensión de Sobrevivientes. Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:

(...)

b)

(...)

“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;

(...)”

2.1. El aparte subrayado, según el cual, en caso de convivencia simultánea en los últimos 5 años anteriores al fallecimiento del causante, quien tendrá derecho a la pensión de sobreviviente será la esposa o esposo, por encima de la compañera o compañero permanente, la Corte Constitucional mediante sentencia C-1035 de 2008¹⁹ lo declaró exequible, *“en el entendido de que además de la esposa o esposo, serán también beneficiarios, la compañera o compañero permanente y*

¹⁸ Ver sobre el tema de la Corte Constitucional, sentencias T-813 de 2002, MP Dr. Alfredo Beltrán Sierra, y T-089 de 2007, MP Dr. Manuel José Cepeda Espinosa, y del Consejo de Estado, sentencia de la Sección Segunda, Subsección B, del 5 de febrero de 2009, CP Dra. Bertha Lucía Ramírez de Páez, por mencionar algunas de tantas.

¹⁹ MP Dr. Jaime Córdoba Triviño.

que dicha pensión se dividirá entre ellos (as) en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido”.

Nuestro Tribunal constitucional consideró, frente a esa regulación legislativa que, de acuerdo al entendimiento de la dimensión constitucional que irradia la figura de la pensión de sobrevivientes, no existe razón alguna para privilegiar, en casos de convivencia simultánea, la pareja conformada por medio de un vínculo matrimonial, sobre aquella que se formó con base en un vínculo natural.

De ahí que en esta sentencia, la Corte haya dicho: *“Al analizar el criterio con base en el cual, en casos de convivencia simultánea, se prefiere al cónyuge a efectos de reconocer la pensión de sobrevivientes, la Corte no encuentra que con la norma se busque alcanzar un fin constitucionalmente imperioso. Es más, la Corte, con base en su propia jurisprudencia, estima que la distinción en razón a la naturaleza del vínculo familiar no puede constituir un criterio con base en el cual, como lo hace la disposición bajo examen, se establezcan tratamientos preferenciales que desconozcan la finalidad legal y constitucional de la pensión de sobrevivientes”.*

Posición que no es nueva, pues, desde sus inicios la Corte Constitucional ha considerado que, a la luz de la Constitución Política de 1991, el Estado y la Sociedad garantizan la protección integral de la familia, independientemente de su constitución por vínculos jurídicos o naturales, lo cual es consecuencia lógica de la igualdad de trato. En consecuencia, todo aquello que en la normatividad se predique del matrimonio es aplicable a la unión de hecho. Con mayor razón lo relacionado con derechos, beneficios o prerrogativas, tanto de quienes integran una u otra modalidad de vínculo familiar.²⁰

Pero el artículo 45 de la Ley 270 de 1996, consagra que *“[l]as sentencias que profiera la Corte Constitucional sobre los actos sujetos a su control en los términos del artículo 241 de la Constitución Política, tienen efectos hacia el futuro a menos que la Corte resuelva lo contrario”*, y como en este fallo la Corte no dio un efecto expandido a lo allí decidido, es decir, no precisó que la interpretación aplicaría para situaciones ocurridas con antelación, forzoso es concluir que el fallo de exequibilidad condicionada C-1035 de 2008 sólo produce efectos hacia el futuro, motivo por el cual no aplica para el caso que nos ocupa, pues, la muerte

²⁰ Ver sentencia C-105 de 1994, MP Dr. Jorge Arango Mejía. En similar sentido, sentencia T-266 de 2000, MP Dr. José Gregorio Hernández Galindo.

del señor Eduardo Riaño Araújo ocurrió en el año 2003, incluso la solicitud que hizo la actora en sede administrativa fue anterior a ese fallo.

2.2. Ahora, en lo que se refiere al entendimiento de la segunda parte del inciso 3º del literal b del artículo 47, *“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”*, la Sala comparte las conclusiones a las que arribó el Tribunal.

Se comparte lo señalado por el *a quo*, que atendiendo la interpretación y aplicación del artículo 13 de la Ley 797 de 2003 hecha por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia 20 de junio de 2012²¹, determinó que al cónyuge, con unión conyugal vigente pero separado de hecho, le basta demostrar que hizo vida en común con el causante por lo menos durante 5 años en cualquier tiempo, mientras que a la (el) compañera (o) sí se le exige que los 5 años sean anteriores a la muerte del de *cujus*.

En efecto, en la sentencia del 20 de junio de 2012, citada ampliamente por el Tribunal, concluyó la Sala de Casación Laboral de la Corte:

“Es indudable que el precepto en cuestión establece como condición que la convivencia «haya sido superior a los últimos cinco años antes del fallecimiento del causante»; pero un análisis de esa disposición legal, en su contexto, permite concluir que, de la forma como está redactada, ese requisito se predica respecto de la compañera o del compañero permanente, mas no del cónyuge porque, con claridad, no se refiere a éste sino a aquéllos, ya que está escrita, en la parte que interesa, en los siguientes términos: “...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”.

Para la Corte no tendría ningún sentido y, por el contrario, sería carente de toda lógica, que al tiempo que el legislador consagra un derecho para quien “mantiene vigente la unión conyugal pero hay una separación de hecho”, se le exigiera a esa misma persona la convivencia en los últimos cinco (5) años de vida del causante; porque es apenas obvio que, cuando se alude a la separación de hecho, sin lugar a hesitación se parte del supuesto de que no hay convivencia, ya que en eso consiste la separación de hecho: en la ruptura de la convivencia, de la vida en común entre los cónyuges.

²¹ MP Dr. Carlos Ernesto Molina Monsalve. Igual posición ya había asumido la Sala de Casación Laboral en sentencia del 29 de noviembre de 2011 radicado 40055.

*Sin embargo, debe la Corte precisar que, **siendo la convivencia el fundamento esencial del derecho a la prestación, el cónyuge separado de hecho debe demostrar que hizo vida en común con el causante por lo menos durante cinco (5) años, en cualquier tiempo**, pues de no entenderse así la norma, se restaría importancia al cimiento del derecho que, se insiste, es la comunidad de vida; al paso que se establecería una discriminación en el trato dado a los beneficiarios, sin ninguna razón objetiva que la justifique, pues, como se ha visto, al compañero o a la compañera permanente se le exige ese término de convivencia, que es el que el legislador, dentro del poder que tiene de configuración del derecho prestacional, ha considerado que es el demostrativo de que la convivencia de la pareja es sólida y tiene vocación de permanencia, de tal suerte que da origen a la protección del Sistema de Seguridad Social".* (Resaltado ajeno al texto citado)

La última frase del inciso 3º del literal b del artículo 47, *“La otra cuota parte le corresponderá a la cónyuge con la cual existe la sociedad conyugal vigente”*, fue declarada exequible por la Corte Constitucional, mediante sentencia C-336 de 2014²².

Finalmente, se reitera, como lo ha dicho en repetidas oportunidades el Consejo de Estado, el criterio material de convivencia y no el criterio formal de un vínculo ha sido el factor preponderante para definir situaciones como la que nos ocupa.²³

Teniendo en cuenta los aspectos probados, el marco legal y jurisprudencial reseñado, procede a la Sala a la resolución del caso concreto.

RESOLUCIÓN DEL CASO

La parte demandante sostiene en su recurso que le asiste derecho al 100% de la pensión de sobrevivientes del causante Eduardo Riaño Araújo, en los términos de la primera parte del inciso 3º del literal b del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, porque en los últimos 5 años hubo convivencia simultánea del causante con ella y con la compañera permanente Ana Mercedes Carrascal Flórez.

Independientemente de que la Corte Constitucional en la sentencia C-1035 de 2008 haya zanjado las discrepancias surgidas de lo dispuesto en dicho aparte del referido inciso, de entrada resulta importante precisar que, para la existencia de la convivencia simultánea, esto es, que ocurran al mismo tiempo la convivencia del causante con el respectivo cónyuge y con la compañera permanente durante los cinco años previos a la muerte del causante, es vital que quede demostrado que no se trató de relaciones casuales, circunstanciales, incidentales, ocasionales,

²² MP Dr. Mauricio González Cuervo.

²³ Se puede consultar de la sección Segunda, Subsección B, sentencia del 20 de septiembre de 2007, radicado interno 2410-2004, CP Dr. Jesús María Lemos Bustamante, y del 3 de mayo de 2012, radicado

sociales o familiares, esporádicas o accidentales, que haya podido tener en vida el causante. El criterio definido por la norma para determinar el beneficiario de la pensión de sobreviviente tiene que ver con la convivencia caracterizada por la clara e inequívoca vocación de estabilidad y permanencia.

Analizada la prueba documental y testimonial recaudada bajo las reglas de la sana crítica, se infiere que después del matrimonio que contrajo la actora con el fallecido señor Eduardo Riaño Araújo el 3 de diciembre de 1948, vínculo que no fue disuelto, convivieron en condiciones de estabilidad y permanencia, los primeros 30 años, porque una vez se separaron de hecho, a partir de 1978 y hasta el 13 de noviembre de 2003, fecha de su muerte, el señor Eduardo convivió con la señora Ana Mercedes Carrascal Flórez, es decir, los últimos 25 años.

Del material fotográfico y filmico, que menciona la accionante en su recurso como la prueba reina para comprobar que en los últimos cinco años existió una convivencia simultánea, y que supuestamente no fue debidamente valorada por el *a quo*, lo único que se obtiene es que las relaciones del causante con la señora Ana Márquez después de que se separaron de hecho, e inclusive en los últimos cinco años de vida del señor Eduardo, fueron relaciones casuales, circunstanciales, incidentales y ocasionales, pues, el hecho de que asistiera en vida a grados, matrimonios, viajes y cumpleaños de hijos y de nietos, y en ocasiones a celebraciones de fin de año, o que inclusive de vez en cuando almorzara en la casa de la actora junto con nietos o hijos, de modo alguno indica que se haya tratado de una relación de convivencia, caracterizada por la clara e inequívoca vocación de estabilidad y permanencia.

La prueba existente no deja margen de duda, la señora Ana Mercedes Carrascal Flórez fue en los últimos 25 años la compañera permanente del causante, hasta la fecha de su muerte, de cuya relación nació una hija de nombre Olga Elena Riaño Carrascal.

No sólo por así admitirlo en sus declaraciones hijos y nietos de la demandante y del causante, sino que la señora Ana Márquez en diligencia de interrogatorio de parte, a la pregunta de si era cierto o no que la señora Ana Mercedes Carrascal había convivido con el señor Eduardo Riaño durante más de 25 años y hasta el día de su fallecimiento, respondió: “Sí”: Lo que es coherente con los testimonios

rendidos en audiencia ante el Tribunal por Elvira Flórez de Carrascal, José Luís Lugo Murillo y Clara Mercedes Luengas Romero (madre, cuñado y amiga de la señora Ana Mercedes), sumado a que la compañía exequial, que el 13 de noviembre de 2003 prestó los servicios funerarios, hizo constar que trasladó el cuerpo del señor Eduardo Riaño Araújo desde la Cra 70 No 33-85 Mz C int. 37 Apto 304 en el Barrio Carlos Lleras, que corresponde al lugar donde convivió los últimos años con su compañera permanente.

De lo dicho, se deriva que no existe prueba de que la demandante, en su condición de cónyuge del causante, haya convivido -como lo afirmó- simultáneamente con éste en los últimos cinco años anteriores a su muerte, en consecuencia no tiene asidero el reclamo del 100% de la sustitución de la pensión de jubilación.

En este orden de ideas, es diáfano que al estar probado que la demandante, como cónyuge separada de hecho pero cuya unión no fue disuelta, convivió en cualquier tiempo con el causante más de 5 años, daba lugar a aplicar la segunda parte del inciso 3º del literal b del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, razón por la cual el Juez de primera instancia, acertadamente, en proporción al tiempo de convivencia de la demandante con el señor Eduardo Riaño -30 años-, y de éste con su compañera permanente -25 años-, dispuso que del 100% de la pensión de sobrevivientes, el 55% lo fuera para aquélla y el 45% restante para ésta. Razón suficiente para confirmar en este aspecto la decisión apelada, y desestimar el propósito de la recurrente para que se variasen los porcentajes.

Por esto es que el Tribunal declaró la nulidad parcial de los actos administrativos a través de los cuales se reconoció la sustitución pensional a la señora Ana Mercedes Carrascal, para poder involucrar a la actora, pero, decidió la nulidad total del acto mediante el cual la entidad accionada le negó a la accionante el derecho a la sustitución, pues, conforme el marco legal y jurisprudencial anotado en precedente acápite, la señora Ana Márquez, en su condición de cónyuge separada de hecho pero con dicha unión vigente, para acceder a dicho reconocimiento no tenía que probar convivencia con el causante durante los últimos cinco años anteriores a su muerte, como lo dijo la demandada para negarle el derecho.

Finalmente, respecto a la afirmación de la accionante en su recurso, de que el pago de las mesadas no debe hacerse desde la ejecutoria de la sentencia, como lo determinó el Tribunal, sino que “*debe generarse tres años atrás a partir de la fecha de presentación de la demanda -16 de mayo de 2008- a FONCEP, por cuanto dicha demanda interrumpió la prescripción*”, para esta Sala no tiene base jurídica alguna, pues, el término de prescripción de derechos laborales, en casos como el que nos ocupa, es el consagrado en el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968²⁴, como atinadamente lo dijo el *a quo*, conforme el cual prescribirán en tres (3) años, contados desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible.

El derecho a reclamar la pensión de sobrevivientes del causante se concretó a partir del 13 de noviembre de 2003, fecha en que falleció el señor Eduardo Riaño Araújo, y la demandante formuló petición en sede administrativa reclamando la misma el 3 de febrero de 2007, significa que las mesadas causadas antes del 23 de febrero de 2004 se encontraban prescritas, por lo tanto, en principio, la señora Ana Márquez debería percibir el 55% del monto de la pensión que se ordena reconocerle y pagarle, del 23 de febrero de 2004 en adelante.

Sin embargo, el numeral segundo del artículo 136 del C.C.A., señala que “*los actos que reconozcan prestaciones periódicas podrán demandarse en cualquier tiempo por la administración o por los interesados, pero no habrá lugar a recuperar las prestaciones pagadas a particulares de buena fe*”. (Énfasis añadido).

Como no se afirmó ni se probó que hubiera existido mala fe de la señora Ana Mercedes Carrascal Flórez, para que le adjudicaran la pensión de sobrevivientes, o como lo dijo el Tribunal, “*no existe prueba orientada a demostrar fraude, maniobras o actos ilegales tendientes a obtener dicha prestación*”, no hay lugar a que ella deba reembolsar suma alguna, motivo por el cual el Juez de Primera instancia ordenó el pago del porcentaje que corresponde a la actora, desde la ejecutoria de la providencia, y no a partir del 23 de febrero de 2004. Posición que es jurídicamente correcta.

En el curso de la sesión el Consejero Luís Rafael Vergara Quintero expuso verbalmente su impedimento para participar en la aprobación de la presente

²⁴ En igual sentido ver el artículo 102 del Decreto 1848 de 1969, o el artículo 151 del C.P.L.

decisión, por haber conocido del trámite inicial del proceso en la primera instancia, el que se declarará fundado.

Resultado de todo lo considerado se confirmará la sentencia del 16 de mayo de 2013, proferida por la Sección Segunda, Subsección B, del Tribunal Administrativo de Cundinamarca Tribunal.

Decisión

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,

F A L L A

Primero.- ACEPTAR el impedimento expresado por el Consejero Luís Rafael Vergara Quintero, para apartarse del conocimiento del presente asunto.

Segundo.- CONFIRMAR la sentencia del 16 de mayo de 2013, proferida por la Sección Segunda, Subsección B, del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, dentro del proceso de la referencia, conforme lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia.

Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

La anterior providencia fue considerada y aprobada por la Sala en sesión celebrada en la fecha.

JORGE OCTAVIO RAMÍREZ RAMÍREZ (E)

SANDRALISSET IBARRAVÉLEZ (E)

LUÍS RAFAEL VERGARA QUINTERO
Impedido