**REPÚBLICA DE COLOMBIA**



**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ**

**Sala de Decisión No. 2**

Tunja, 10 de marzo de 2021

|  |  |  |  |  |  |  |  |  |  |  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- |
| |  |  |  | | --- | --- | --- | | Medio de Control | : | Nulidad y Restablecimiento del Derecho | | Demandante | : | Adriano Bohórquez | | Demandado | : | Unidad Especial de Gestión Pensional y Parafiscal - UGPP | | Radicación: | : | 150013331003-2017-00069-01 |   **Magistrado Ponente: Luís Ernesto Arciniegas Triana** |  |  |

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante contra la sentencia de primera instancia proferida el 22 de octubre de 2018, por el Juzgado Tercero Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja, mediante la cual negó las pretensiones de la demanda.

###### ANTECEDENTES

1. **DE LA DEMANDA.** **ADRIANO BOHÓRQUEZ** mediante apoderada judicial instauró demanda en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho contra la Unidad Especial de Gestión Pensional y Parafiscal – UGPP, a efectos de que se declare la nulidad de los siguientes actos administrativos:

* **Resolución RDP 048597 del 20 de noviembre de 2015** expedida por la entidad accionada por medio de la cual negó a su favor el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes.
* **Resolución RDP 005984 del 11 de febrero de 2016** por medio de la cual se resolvió el recurso de apelación interpuesto contra el anterior acto administrativo confirmándolo íntegramente.

A título de restablecimiento del derecho solicitó que se condene a la Unidad Especial de Gestión Pensional y Parafiscal – UGPP a: i) reconocer, liquidar y pagar a su favor, pensión de sobrevivientes, en calidad de cónyuge supérstite de la causante Teresa del Carmen Sarmiento Gómez quien ostentaba la condición de pensionada de esa entidad, con efectos fiscales a partir del 30 de junio de 2015, fecha del fallecimiento de esta, ii) reajustar la pensión reconocida acorde con el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, iii) indexar las mesadas pensionales conforme con el I.P.C., iv) cancelar los intereses corrientes y moratorios, iv) cumplir la sentencia en los términos del artículo 188 del CPACA y vi) pagar costas y agencias en derecho.

1. **FUNDAMENTOS FÁCTICOS**

Narra la demanda que **Adriano Bohórquez** y **Teresa del Carmen Sarmiento Gómez** contrajeron matrimonio católico el 14 de noviembre de 1975; convivieron de forma estable y permanente durante 16 años y 2 meses comprendidos entre aquella data al mes de enero de 1991, sin que hubiesen procreado hijos; fijaron la residencia familiar en la ciudad de Tunja en la que siempre habitó aquella hasta su deceso.

Asevera que a través de la Resolución No. 22998 del 16 de agosto de 2002, CAJANAL reconoció pensión de jubilación a la señora Sarmiento, la cual fue reliquidada mediante Resolución No. 39541 del 10 de agosto de 2006.

Manifiesta que Teresa del Carmen Sarmiento Gómez falleció el 30 de junio de 2015; que desde el 8 de mayo de este último año, es decir, cincuenta y cuatro (54) días antes de su muerte, la causante otorgó poder a un profesional del derecho para adelantar proceso judicial de cesación de efectos civiles del matrimonio católico con el demandante; al momento del deceso no se había proferido fallo judicial alguno lo cual se hizo hasta el 28 de julio de ese año, luego el vínculo marital y su respectiva sociedad conyugal estaban vigentes al momento del fallecimiento, en consecuencia, tal situación lo hacía beneficiario de la prestación pensional demandada.

Como normas violadas enlistó los artículos 1, 2, 4, 5, 6, 13, 23, 25, 46, 48, 53, 58, 228 y 336 de la Constitución Política de 1991; las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, y el Decreto 1160 de 1989

En el concepto de la violación, adujo que los actos administrativos censurados quebrantaron principios del Estado Social de Derecho como la efectividad de los derechos consagrados en la Carta Política, la dignidad humana, la supremacía constitucional, la igualdad y la seguridad social, al omitir el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a favor del actor, con fundamento en que no había convivido durante los últimos 5 años al fallecimiento de la causante en razón a que se separaron de hecho años atrás, soslayando que conforme con el acervo probatorio, el señor Bohórquez había convivido con la señora Sarmiento Gómez por espacio de dieciséis (16) años y dos (2) meses.

Así mismo, transgredió el artículo 47 de la Ley 100 de 1993 regulatorio de la aludida prestación pensional, en tanto que con arreglo a dicha norma es beneficiario de la pensión de sobreviviente el cónyuge supérstite de la causante, y que en el caso concreto el registro civil de matrimonio, la declaración extra proceso rendida por el actor y la demanda de cesación de efectos civiles del matrimonio que reposan en el plenario, dan cuenta que el señor Bohórquez y la señora Sarmiento Gómez contrajeron matrimonio el 14 de noviembre de 1975, cuya vigencia fue hasta el día del fallecimiento de esta última, y que convivieron el tiempo mencionado exigido en la ley.

Con base en tales argumentos, dijo que los actos administrativos están viciados de nulidad por desconocimiento de las normas en que debían fundarse, además, por falsa motivación; agregó que la UGPP no dio aplicación a fallos judiciales que respaldan el reconocimiento deprecado, y que igualmente los actos enjuiciados estaban afectados de la causal de desviación de poder, ya que la negativa del derecho pretendido, carece de sustento fáctico y legal para ello.

**II. TRÁMITE EN PRIMERA INSTANCIA**

La demanda fue radicada el 12 de mayo de 2017 (f. 69) siendo admitida mediante auto del 29 de junio de 2017 (f. 10, 77). La U.G.P.P. y demás intervinientes se notificaron personalmente el 18 de octubre siguiente (f. 80); esa entidad contestó la demanda oportunamente y propuso excepciones de mérito (f. 117-125) de las cuales se corrió el traslado respectivo (f. 127), y la parte actora guardó silencio.

La audiencia inicial se realizó el 23 de mayo de 2018, agotándose las etapas consagradas en el artículo 180 del CPACA; en cuanto a las excepciones propuestas precisó que la de prescripción se resolvería, si era del caso, al desatar el fondo del asunto, y fijó como fecha para audiencia de pruebas el 19 de junio de ese año (f. 131). En esta data se evacuaron parte de los medios de prueba y continuó el 30 de julio de 2018, fecha en la que se corrió traslado para alegar de conclusión (f. 154-157, 158-159).

**1. Contestación de la demanda**

**U.G.P.P. (fs. 117-125).**

A través de apoderado judicial, se opuso oportunamente a las pretensiones de la demanda. En tal sentido, adujo que los artículos 47 y 74 de la Ley 100 de 1993, reformados por la Ley 797 de 2003, aplicables al caso concreto en atención a la fecha de fallecimiento de la causante, señalan que tiene derecho a la sustitución pensional de forma vitalicia, el cónyuge o compañero (a) permanente supérstite, siempre y cuando: *“i) Tenga más de 30 años de edad y ii) En el caso de muerte del pensionado se deberá acreditar por el beneficiario que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y haya convivido con el fallecido no menos de cinco años continuos con anterioridad a la muerte”*; presupuesto este último que no cumplió el actor, ya que si bien en la declaración juramentada de convivencia que aquel aportó a la actuación administrativa afirmó bajo la gravedad del juramento que había convivido con la pensionada fallecida desde el 14 de noviembre de 1975 hasta el mes de enero de 1991, no lo es menos que, por un lado, la declaración extrajuicio rendida por Marylu Sarmiento Gómez menciona que el señor Bohórquez no vivió, se comunicó, ni prestó ayuda mutua a su hermana Teresa del Carmen hace más de 20 años, dada la separación de hecho que se presentó entre ellos por motivos de infidelidad, y por otro, la declaración extrajuicio de Lina Victoria Sarmiento Gómez fechada el 14 de agosto de 2015, ratificó la anterior versión.

Aseveró que los citados requisitos legales fueron analizados por el Consejo de Estado[[1]](#footnote-1), y por la Corte Constitucional en sentencias T-136 de 2012 y T-030 de 2013, en las que resaltó la necesidad de determinar la efectiva y comprobada convivencia con vocación de permanencia en el tiempo a efectos de acceder a la prestación pensional de sobrevivencia, descartándose los vínculos formales o de relaciones esporádicas como ocurrió en el *sub –lite.*

Propuso como excepciones de mérito: *"Inexistencia de la obligación o cobro de lo no debido", "Inexistencia de vulneración de principios constitucionales y legales", "Prescripción",* y *"Solicitud de reconocimiento oficioso de excepciones"*.

**III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (fs. 171-184)**

El Juzgado Tercero Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja mediante fallo del 22 de octubre de 2018, negó las pretensiones de la demanda.

Al efecto, planteó como problema jurídico principal “*Determinar si el demandante Adriano Bohórquez tiene derecho a que la UGPP le reconozca y pague la pensión de sobrevivientes en calidad de cónyuge supérstite de la pensionada fallecida Teresa del Carmen Sarmiento Gómez”,* y como problemas asociados: *“i) Establecer si el señor Adriano Bohórquez, convivió con la señora TERESA DEL CARMEN SARMIENTO GÓMEZ, por más de cinco años anteriores a su muerte, la cual ocurrió el 30 de junio de 2015, ii) En caso de ser afirmativa la respuesta al problema anterior, ¿El demandante tiene derecho a que la UGPP le reconozca la pensión de sobrevivientes con ocasión del deceso de su cónyuge, por cumplir con los requisitos previstos en la Ley 797 de 2003?, y iii) ¿El demandante tiene derecho a que una vez reconocida la pensión, la UGPP pague intereses moratorias de conformidad con el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 e indexación de las sumas a percibir?”*

En lo tocante al marco jurídico hizo referencia a: i) la regulación de la pensión de sobrevivientes desde un enfoque contravencional, constitucional y legal, ii) el régimen de tal prestación en tratándose de la pensión gracia, iii) la aplicación del Régimen General de Seguridad Social consagrado en la Ley 100 de 1993, modificado por la Ley 797 de 2003 al régimen de los servidores públicos en virtud del principio de favorabilidad, y iv) la posición jurisprudencial respecto a la convivencia del cónyuge supérstite o compañero permanente con el pensionado fallecido.

Posteriormente, relacionó los medios de pruebas practicados, luego examinó el valor probatorio de las declaraciones extrajuicio; en lo tocante a la de Maryluz Sarmiento Gómez consideró que goza de validez, pues la parte demandante contra la cual se adujo no solicitó su ratificación ni la tachó de falsa, y que aunque la U.G.P.P. solicitó su ratificación y ello no pudo efectuarse, lo cierto es que tal prueba no se invocó en su contra y por esa razón carecía de la obligación de ratificarla, criterio soportado en pronunciamiento del Consejo de Estado. Así mismo, que tiene validez la declaración de Lina Victoria Sarmiento Gómez cuya diligencia de ratificación fue consistente con lo declarado anticipadamente.

Y respecto a la declaración juramentada presentada por actor, estimó que no era objeto de valoración, dada tal condición procesal; lo que resultaba procedente era su interrogatorio de parte al tenor del artículo 191 del C.G.P., que busca la confesión de los hechos que tengan consecuencias adversas para este y que favorezcan a la parte contraria, postura respaldada en jurisprudencia de este Tribunal.

Ya el *sub – lite* la jueza a-quo concluyó que conforme con los hechos probados, el demandante no convivió continuamente con la docente pensionada desde el año 1991, situación que se prueba con las declaraciones Extra juicio ratificadas de Maryluz y Lina Victoria Sarmiento Gómez, hermanas de la causante, en consecuencia, no acreditó que haya hecho vida marital con esta hasta su muerte cohabitando por lo menos cinco (5) años continuos con anterioridad a ese hecho. Tampoco que en ese lapso dependiera de aquella económicamente o que existiera una causa válida que le impedía convivir con la causante hasta el final de su vida como compromisos laborales, enfermedad o cualquier otra situación de fuerza mayor, al contrario, decidieron separarse de cuerpos desde 1991, debido a posibles comportamientos de infidelidad por parte del actor.

Consideró que del interrogatorio del actor se deduce que solo mantenía una escasa comunicación telefónica con la señora Teresa del Carmen, por tanto, era dable inferir que no mantuvieron una relación cercana de apoyo y ayuda mutua propia del matrimonio que lo hiciera beneficiario de la prestación pensional pretendida en los términos del literal a) del artículo 49 de la Ley 100 de 1997, modificada por la Ley 797 de 2003, en concordancia con la interpretación fijada en sentencias T-787 de 2002, T-197 de 2010, T-324 de 2014 y T-245 de 2017.

Aclaró que, aunque la sociedad conyugal entre el demandante y la causante estuvo vigente hasta el 2015, año del deceso, también lo es que no resulta aplicable el literal b) del artículo 13 de la Ley 797 de 2003, pues dicha norma regula los eventos en que existe cónyuge supérstite separado de hecho y compañero permanente con convivencia continua con la pensionada lo cual obliga a dividir la prestación en partes iguales; supuesto que no se probó en el caso examinado.

Por lo expuesto, consideró que no se estructuraron las causales de nulidad relativas a, por un lado, desconocimiento de normas superiores, dada la correcta aplicación e interpretación constitucional y legal del literal "a" del artículo 13 de la Ley 797 de 2003, modificatoria del artículo 47 de la Ley 100 de 1993; y por otro, las de falsa motivación y desviación de poder, ante la falta de prueba que demuestre que el demandante haya hecho vida marital con la señora Teresa del Carmen por lo menos cinco (5) años continuos con anterioridad a su deceso, como lo exige el literal citado, *“pues no basta que hubiera convivido por 16 años y 2 meses hasta el año 1991 y no en los últimos 5 años de vida de la pensionada, como lo exige la ley”*

**IV. DEL RECURSO DE APELACIÓN (fs. 187-189)**

Por intermedio de su apoderado presentó recurso de apelación con miras a que el fallo de primera instancia sea revocado íntegramente con base en los siguientes argumentos:

Sostuvo que el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, modificatoria de los artículos 47 y 74 de la Ley 100 de 1993, norma aplicable al presente asunto en razón a la fecha de fallecimiento de la señora Sarmiento -30 de junio de 2015- previó, entre otros supuestos normativos, que *“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”,* y que conforme con los hechos probados que dieron cuenta de la condición de cónyuge supérstite del actor, de la separación de hecho y de la existencia de sociedad conyugal vigente entre él y la causante a la fecha de su fallecimiento, así como, que esta no tenía compañero a esa data y que entre ellos hubo socorro y ayuda mutua durante los 16 años que convivieron juntos, incluso, podía decirse, hasta antes de su muerte, si se tiene en cuenta que vivió sin problema alguno en la casa que adquirieron juntos, es dable concluir sin lugar a dudas que el señor Adriano Bohórquez gozaba del derecho al reconocimiento de la sustitución pensional, contrario a lo que determinó la jueza a-quo.

Aseguró que, al analizar la teleología de la norma en cita, el legislador quiso proteger a quienes han convivido junto al pensionado con el derecho al reconocimiento pensional de sobreviviente, debido a la unión que formaron con aquel superior a 5 años, en cualquier tiempo, y que dio lugar a una sociedad conyugal que se encuentra vigente a la fecha del fallecimiento de aquel, pese a que esa unión se haya disuelto de hecho posteriormente.

Consideró que en el caso concreto este requisito de convivencia *“de 5 años en cualquier tiempo”* fue satisfecho, como se demostró con el interrogatorio de parte del actor que dio cuenta de la unión con la causante durante más de 16 años en el periodo comprendido del 14 de noviembre de 1975 al mes de enero de 1991, en razón al matrimonio católico y la sociedad conyugal surgido de ello y en la cual hubo ayuda mutua, vocación de permanencia al adquirir vivienda familiar, y la realización de tratamientos naturales y artificiales para la procreación de hijos, hechos que respaldan el reconocimiento del derecho a la pensión de sobrevivientes deprecada.

Resaltó el apelante que el a-quo ignoró la existencia de precedente jurisprudencial[[2]](#footnote-2) en torno al alcance del citado requisito legal de carácter temporal, y añadió que al predicarse una separación de hecho no puede exigirse convivencia, pues son circunstancias que se excluyen, sin embargo, el precepto examinado sí establece como obligación para el cónyuge separado de hecho a efectos de ser beneficiario de la pensión de sobrevivientes, la demostración de la vigencia de la sociedad conyugal y que hubiese hecho vida marital con la causante, por lo menos 5 años, en cualquier tiempo, como ocurrió en el caso del actor.

**V. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA**

Impugnado oportunamente el fallo de primera instancia y repartido a este despacho, por auto de 14 de enero de 2019 se admitió el recurso de apelación interpuesto (fs. 197). Posteriormente, en proveído de 22 de febrero siguiente, se prescindió de la audiencia de alegaciones y juzgamiento, ordenándose a las partes la presentación de los alegatos de conclusión dentro de los 10 días siguientes a la notificación de ese auto (fs. 201)

La **parte actora** reiteró los argumentos de apelación (f. 213).

La **U.G.P.P.** retomó los planteamientos de su contestación a la demanda (fs. 204-212)

El **Ministerio Público** no rindió concepto.

**VI. CONSIDERACIONES**

**1. Competencia**

De acuerdo con lo establecido en el artículo 153 del C.P.A.C.A, esta Corporación es competente para conocer en segunda instancia de las apelaciones y sentencias dictadas por los jueces administrativos.

De igual forma, vale señalar que, en virtud del principio de la *no reformatio impejus* la competencia del superior funcional se limita exclusivamente a resolver, en principio, los problemas planteados en la apelación sin agravar la situación del apelante único. Para el caso concreto, teniendo en cuenta que la sentencia recurrida negó las pretensiones de la demanda y el apelante es solo la parte actora, el Tribunal limitará, en principio, al estudio de sus argumentos de apelación sin agravarle su condición.

**2.- Planteamiento del problema jurídico a resolver**

De conformidad con los motivos de apelación, corresponde a este Tribunal, dilucidar si el actor tiene derecho a la pensión de sobreviviente con ocasión al fallecimiento de su esposa Teresa del Carmen Sarmiento ocurrido el 30 de junio de 2015, en razón a que a esa fecha, pese a que estaban separados de hecho, la sociedad conyugal estaba vigente y demostró convivencia de 5 años, en cualquier tiempo con ella, cumpliéndose lo exigido en el inciso tercero del literal b) del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, o si como lo determinó el a-quo, el accionante carece de ese derecho, pues no acreditó que haya hecho vida marital con la señora Sarmiento hasta su muerte cohabitando por lo menos cinco (5) años continuos con anterioridad a ese hecho de acuerdo a lo establecido en el literal a) del artículo 47 *ibídem,* norma llamada a aplicarse en tanto la causante no tenía convivencia simultánea como sí lo exige aquella disposición invocada por el accionante.

**3.- Pensión de sobrevivientes a la luz de la Ley 100 de 1993, modificada a través de la Ley 797 de 2003. Del cónyuge supérstite y/o compañero permanente como beneficiario de dicha prestación pensional.**

La Corte Constitucional en sentencia T-701 de 2006, recordó que “*la pensión de sobrevivientes tiene como finalidad evita “que las personas allegadas al trabajador y beneficiarias del producto de su actividad laboral queden por el simple hecho de su fallecimiento en el desamparo o la desprotección”* y, por tanto*, “busca impedir que, ocurrida la muerte de una persona, quienes dependían de ella se vean obligados a soportar individualmente las cargas materiales y espirituales de su fallecimiento.”.*

Tal prestación deriva su fundamento constitucional en el artículo 48 de la Carta Política que reguló el derecho a la seguridad social como irrenunciable, en consideración a que se enfoca a amparar a los beneficiarios del pensionado o afiliado fallecido de las contingencias propias de la vida que se generan a partir de su deceso, en razón a la dependencia económica existente con aquel y la comunidad de vida y apoyo mutuo que los unía. Se trata además de un beneficio tanto en el régimen de prima media con prestación definida como en el de ahorro individual con solidaridad previstos en la Ley 100 de 1993.

El artículo 12 de la Ley 797 de 2003, modificatorio del artículo 46 de la Ley 100 de 1993, estableció los requisitos para el reconocimiento de pensión de sobrevivientes a los destinatarios del régimen general de Seguridad Social[[3]](#footnote-3), exigiéndole al afiliado que hubiere cotizado por lo menos 50 semanas, dentro de los tres años anteriores a su fallecimiento y, adicionalmente, que cumpliera con un requisito de fidelidad al sistema, dependiendo de la causa de la muerte, así mismo obligó a examinar la causa de muerte del afiliado como su edad a efectos de establecer porcentajes de cotización para dicho propósito[[4]](#footnote-4).

Ahora, frente al asunto litigioso, es importante acotar que, el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, introdujo reformas a los artículos 47 y 74 de la Ley 100 de 1993, que determinó los beneficiarios de la pensión de sobreviviente, al siguiente tenor:

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

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

*b) En forma temporal, el cónyuge o la compañera permanente supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga menos de 30 años de edad, y no haya procreado hijos con este. La pensión temporal se pagará mientras el beneficiario viva y tendrá una duración máxima de 20 años. En este caso, el beneficiario deberá cotizar al sistema para obtener su propia pensión, con cargo a dicha pensión. Si tiene hijos con el causante aplicará el literal a).*

*Si respecto de un pensionado hubiese un compañero o compañera permanente, con sociedad anterior conyugal no disuelta y derecho a percibir parte de la pensión de que tratan los literales a) y b) del presente artículo, dicha pensión se dividirá entre ellos (as) en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido.*

***En caso de convivencia simultánea en los últimos cinco años, antes del fallecimiento del causante entre un cónyuge y una compañera o compañero permanente, la beneficiaria o el beneficiario de la pensión de sobreviviente será la esposa o el esposo****. Si no existe convivencia simultánea y se mantiene vigente la unión conyugal pero hay una separación de hecho, la compañera o compañero permanente podrá reclamar una cuota parte de lo correspondiente al literal a en un porcentaje proporcional al tiempo convivido con el causante siempre y cuando haya sido superior a los últimos cinco años antes del fallecimiento del causante.* ***La otra cuota parte le corresponderá a la cónyuge con la cual existe la sociedad conyugal vigente*** *(…)[[5]](#footnote-5)*

Esta norma trajo consigo las siguientes novedades frente al texto original del artículo 47 y 74 de la Ley 100 de 1993[[6]](#footnote-6): i) la temporalidad de la pensión para la cónyuge o compañero o compañera permanente menor de 30 años y sin hijos a la fecha del fallecimiento del causante, ii) aumento del tiempo de convivencia que debe acreditar con el causante antes de su muerte: de 2 a 5 años; iii) distribución entre cónyuge y compañera permanente tomando en consideración convivencia simultánea con el causante o convivencia sin simultaneidad pero con cuya cónyuge tuviera sociedad conyugal vigente, y iv) los padres son beneficiarios ante la ausencia de cónyuge, compañera permanente o hijos con derecho, sin acreditar la dependencia económica absoluta respecto del causante.

En cuanto al cónyuge o compañera permanente como beneficiarios del derecho pensional deprecado, se pueden advertir subdivisiones para acceder a este dependiendo de su edad y/o la concurrencia de uno solo o conjuntamente ambos al momento de reclamar, así [[7]](#footnote-7):

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

Ahora, en lo que atañe a la constitucionalidad del literal "a" del artículo 13 de la Ley 797 de 2003, que modificó el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, la Corte Constitucional en sentencia **C-1094 de 2003**, lo declaró exequible, en atención a la libertad de configuración legislativa del Congreso frente a la pensión de sobrevivientes, y a que 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 de seguridad social.

Respecto al alcance de la expresión relativa a que haya *“convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte”,* esa jurisprudencia constitucional y otras de la misma naturaleza también ha explicado que en razón a la aludida finalidad de la pensión de sobreviviente “*el Legislador, como mecanismo de protección a los miembros del grupo familiar, instituyó el requisito de la convivencia durante los últimos cinco años anteriores a la muerte para el compañero o cónyuge supérstite, con el fin de proteger a los beneficiarios legítimos de ser desplazados por quién solo busca aprovechar el beneficio económico”[[8]](#footnote-8)* y lo cual obedece a la prevalencia del principio material para la definición del beneficiario, en orden a reconocer, a partir de la realidad y según cada caso, a la persona o personas que convivieron y brindaron ayuda y apoyo en la fase final de la vida del causante.

Convivencia no supone, necesariamente, habitación bajo el mismo techo, sino que *“supone la existencia de lazos propios de la vida en pareja, como el afecto, el auxilio mutuo, el apoyo económico y el acompañamiento espiritual”,* por ende, *“la ausencia de cohabitación no descarta la convivencia, cuando se fundamenta en causas justificadas, relacionadas, por ejemplo, con cuestiones de salud, obligaciones u oportunidades legales, imperativos legales u económicos, entre otros”[[9]](#footnote-9)*

De tal modo que, dentro de los requisitos para la sustitución pensional se encuentra la acreditación de convivencia por cinco (5) años anteriores al fallecimiento, requisito que no solo pretende evitar las convivencias de última hora con quien está a punto de fallecer, sino los artificios que puedan gestarse en afectación del erario al reconocer esa prestación a quien no es legítimo beneficiario, y lo cual halla su basamento en la libertad de configuración legislativa de que goza el Congreso de la República en dicha materia.

Ahora, frente al alcance del inciso tercero del literal b) del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por la Ley 797 de 2003, la Sala encuentra que la Corte Constitucional ha emitido diversos pronunciamientos al abordar el estudio de sus supuestos normativos.

Así, en sentencia **C- 1035 de 2008**, precisó que su primera parte regula los casos en los que el causante hubiere convivido simultáneamente con la o el cónyuge y la compañera o compañero permanente durante los últimos cinco años anteriores a su fallecimiento, en lo tocante a la expresión *“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”.* Frente a esta regulación*,* ese Alto Tribunal de Justicia señaló que:

*“10.1.3. La posibilidad descrita en el primer apartado demandado hace parte de las modificaciones incluidas por la Ley 797 al antiguo texto de la Ley 100 que no contemplaba la situación fáctica propuesta por la norma ahora demandada[[10]](#footnote-10). Ello permite observar que el legislador quiso regular una fenómeno social que, a pesar de su peculiaridad, se presenta en la práctica[[11]](#footnote-11). Específicamente, los apartes subrayados contemplan la posibilidad de que una persona afiliada al sistema de seguridad social en pensiones conviva simultáneamente con un cónyuge y una compañera o compañero permanente. Con la norma, se determina de antemano, en los casos de convivencia simultánea, quién es el beneficiario o la beneficiaria de la pensión de sobrevivientes. De esta forma, se permiten ahorrar costos de transacción en los procesos administrativos y judiciales destinados a declarar a quién corresponde la prestación en cuestión. La pregunta que a continuación, deberá analizar la Sala es si el contenido de esta previsión legislativa se ajusta a los postulados de la Constitución Política o no.*

*10.1.2. Según la norma, en caso de que se presente la situación excepcional de la convivencia simultánea en los últimos cinco años [31] previos 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.*

*Resulta importante precisar que, para que se presente el supuesto fáctico descrito por el aparte demandado de la norma, se requiere entonces la existencia de la convivencia simultánea, esto es, que ocurran al mismo tiempo la convivencia del causante con el respectivo cónyuge y con el compañero o compañera permanente durante los cinco años previos a la muerte del causante. En esa dirección, el apartado demandado excluye de antemano, las relaciones casuales, circunstanciales, incidentales, ocasionales, 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.*

*(…)”*

Y ese fallo declaró exequible, por los cargos analizados, la mencionada expresión 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 (as) en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido.

Luego, en la sentencia **C-336 de 2014**, la Corte Constitucional estudió la constitucionalidad de la expresión *“La otra cuota parte le corresponderá a la cónyuge con la cual existe la sociedad conyugal vigente“,* contenida en la parte final del citado inciso tercero del literal b) del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por la Ley 797 de 2003, en cuanto el tratamiento igualitario que el legislador dio – en el evento de no existir convivencia simultánea- al matrimonio sin disolución y liquidación de sociedad conyugal pero con separación de hecho con la unión marital de hecho, para efectos de constituirse como beneficiario de la pensión de sobrevivientes.

Para el efecto, esa Alta Corporación examinó las generalidades de la pensión de sobreviviente y las situaciones en que resultarían beneficiarios el cónyuge y el compañero permanente, la necesidad de acreditar convivencia efectiva para acceder a tal prestación dada su finalidad, la libertad configurativa del legislador en la regulación de dicha pensión atada a la estructura del sistema general de seguridad social, los efectos jurídicos del vínculo matrimonial y la unión marital de hecho, bajo el entendido que si bien ambos son medios para constituir una familia, el tratamiento jurídico otorgado por la ley a la primera no puede ser trasladado a la segunda figura, en tanto que cada una de ellas, cuenta con una legislación particular y una condiciones que la caracterizan, y finalmente, el contenido de la separación de hecho como situación causante de la separación de cuerpos que entra la suspensión de la vida en común de los cónyuges, y concluyó que:

*“[…] 1.2. La jurisprudencia de la Corte ha reconocido que los efectos jurídicos de la unión marital del hecho son diferentes a los del matrimonio, por ende, son instituciones jurídicas disímiles y no necesariamente equiparables.*

*1.3. La separación de hecho suspende los efectos de la convivencia y apoyo mutuo, más no los de la sociedad patrimonial conformada entre los cónyuges. Por lo cual, no nace a la vida jurídica la sociedad patrimonial de hecho entre compañeros permanentes, cuando uno de éstos mantiene en vigor la sociedad patrimonial del matrimonio.*

*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”*

Del aparte jurisprudencial en cita, es dable colegir que las expresiones estudiadas aluden nuevamente a multiplicidad de pareja, cónyuge y compañero (a) permanente pero en el escenario que el cónyuge no convive simultáneamente con el pensionado al momento de su fallecimiento, evento en el cual la norma exige analizar, con arreglo a la interpretación jurisprudencial, si pese a la separación de hecho, el cónyuge tiene sociedad conyugal vigente con aquel, en tanto que dicho vínculo marital no ha sido disuelto derivándose de ello efectos personales y patrimoniales –artículos 113, 1771 a 1848 del C.C.- y la posibilidad de acreditar la convivencia, en cualquier tiempo, y en tratándose del compañero (a) permanente le corresponderá probar su convivencia con el causante en los últimos 5 años anteriores al fallecimiento, haciéndose acreedores a la cuota parte respectiva de la pensión.

También resulta relevante señalar que en cuanto a la forma de verificarse el tiempo de la convivencia entre el cónyuge supérstite y el causante en el supuesto de convivencia no simultánea examinada, la Corte Constitucional igualmente explicó que *"[...] si bien es el compañero permanente quién debe acreditar de forma clara e inequívoca la vocación de estabilidad y permanencia con el causante durante los cinco años previos a su muerte, para caso del cónyuge supérstite con separación de hecho el quinquenio de la convivencia naturalmente deberá verificarse con antelación al inicio de la última unión marital de hecho"[[12]](#footnote-12)* lo cual podrá acreditarse, *en cualquier tiempo*, como lo ha sostenido reiteradamente la jurisprudencia ordinaria[[13]](#footnote-13) y constitucional[[14]](#footnote-14)

Entonces en esta providencia se aclaró que permitir que el cónyuge separado de hecho con sociedad conyugal vigente obtenga una cuota de la mesada pensional, aunque no haya convivido durante los últimos años de su vida con el causante no equivale a discriminar al compañero permanente supérstite, pues “*Tal posibilidad, por el contrario, busca equilibrar la tensión surgida entre el último compañero permanente del causante y su cónyuge, con quien subsisten los vínculos jurídicos, aunque no la convivencia”.*

Y en la sentencia **C-515 de 2019** se estudió si la expresión *"con sociedad conyugal vigente"*, contenida en el último inciso del literal b) del artículo 13 de la Ley 797 de 2003, vulnera el derecho de igualdad contenido en el artículo 13 de la C.P., al establecer como requisito para el reconocimiento de la cuota parte de la pensión de sobrevivientes, únicamente que el cónyuge supérstite separado de hecho, mantenga en vigor la sociedad conyugal a la fecha del fallecimiento del causante, excluyendo al cónyuge separado de hecho con sociedad conyugal disuelta.

Al respecto aclaró que *“La norma precitada establece los requisitos que deben cumplir el cónyuge y la compañera o compañero permanente para acceder a la pensión de sobrevivientes, cuando no existe convivencia simultánea con el causante (afiliado o pensionado)”,* es decir, que esa norma regula la tensión que frente al derecho pensional puede darse entre cónyuge y compañero permanente, y en aras de resolver el problema jurídico propuesto estimó que:

*(…) la Corte abordó dos cuestiones. En primer lugar, explicó de forma breve el juicio integrado de igualdad (…). En segundo lugar, se refirió a: (i) la amplia potestad de configuración del legislador en materia pensional, bajo estrictos principios de sostenibilidad fiscal; y (ii) el marco normativo de la pensión de sobrevivientes, resaltando que se trata de una prestación económica que se ocupa de cubrir el riesgo por muerte para el núcleo familiar del causante (pensionado o afiliado) que resulta afectado por el hecho de su deceso.*

*Adicionalmente, indicó que en el presente caso se cuestionan los requisitos y condiciones requeridos en el* ***supuesto de convivencia no simultánea******entre el cónyuge y el causante****, a saber (último inciso, parte final del literal b) del artículo 13 de la Ley 797 de 2003): (i) acreditación por parte del cónyuge de la separación de hecho, (ii) vigencia de la sociedad conyugal, y (iii) compañero permanente con convivencia durante los 5 años anteriores a la muerte.*

*Sobre la base de los anteriores fundamentos abordó el estudio del caso concreto. Al respecto, la Sala constató que los argumentos expuestos por los demandantes no demostraron la existencia de un grupo comparable (tertium comparationis), que comprobara que son asimilables los grupos de cónyuges con convivencia simultánea, con cónyuges sin convivencia simultánea al momento de la muerte del causante. En opinión de la Sala Plena, dichos grupos se encuentran en situaciones de hecho y de derecho diferentes,* ***debido a la inexistencia de vínculos afectivos o económicos entre cónyuges separados de hecho y con sociedad conyugal disuelta.******Por lo cual, 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 de la sociedad conyugal, sobre las pensiones como derecho a suceder del cónyuge supérstite.*

*(…)*

Entonces, en tratándose de convivencia no simultánea entre el cónyuge y el causante de acuerdo con lo preceptuado en el último inciso del literal b) del artículo 13 de la Ley 797 de 2003, se exige: i) acreditación por parte del cónyuge de la separación de hecho, (ii) vigencia de la sociedad conyugal, en tanto que, como se dijo, goza de efectos personales y patrimoniales derivados de la Constitución y la norma civil como su no disolución sobre las pensiones como derecho a suceder del cónyuge supérstite, y (iii) compañero permanente con convivencia durante los 5 años anteriores a la muerte.

En este punto, resulta importante anotar que la Corte Constitucional en sentencia **T-015 de 2017**, acogiendo criterios jurisprudenciales de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en interpretación del inciso tercero del literal b) del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 797 de 2003, consideró que también es dable asumir como beneficiario de la sustitución pensional al cónyuge supértite separado de hecho y con sociedad conyugal vigente con el causante, y sin compañero (a) permanente que exija dicho reconocimiento en virtud de la protección a la familia que, como se analizó, busca la sustitución pensional y en atención a criterios de equidad y justicia **para lo cual, es necesario examinar en cada caso concreto.** Al efecto, estimó que:

***(…)*** *surge la necesidad de tener en consideración la jurisprudencia proferida por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en la que el Alto Tribunal ha recordado que:*

*(…) en decisiones más recientes del 24 de enero y 13 de marzo de 2012, Rads. 41637 y 45038 respectivamente, se introdujo una* ***nueva modificación*** *al criterio anterior [de convivencia no simultánea entre causante, cónyuge y compañero permanente, pero con cónyuge separado de hecho con sociedad conyugal vigente], consistente en ampliar la interpretación que ha desarrollado la Sala sobre el tema, según la cual, lo dispuesto en el inc. 3° lit. b) del Art. 13 de la L. 797 de 2003 y la postura de****otorgarle una cuota parte o la pensión a «quien****acompañó al pensionado o afiliado, y quien, por demás hasta el momento de su muerte le brindó asistencia económica o****mantuvo el vínculo matrimonial,******pese a estar separados de hecho,****siempre y cuando aquel haya perdurado los 5 años a los que alude la normativa, sin que ello implique que deban satisfacerse previos al fallecimiento, sino* ***en cualquier época****»,* ***se debe aplicar también en los casos en que no exista compañera o compañero permanente al momento del fallecimiento del afiliado o pensionado****. Ello toda vez que «si el derecho incorporado en ese literal, otorgaba esa prerrogativa a la (el) cónyuge cuando mediaba una (un) compañera (o) permanente, no podía existir argumento en contra, ni proporcionalidad alguna, que se le restara cuando aquella no se hallaba, pues entonces la finalidad de la norma no se cumplía, es decir, no se proveía la* ***protección al matrimonio*** *que el Legislador incorporó, haciendo la salvedad, de que la convivencia en el matrimonio, independientemente del periodo en que aconteció, no podía ser inferior a 5 años, según lo dispuesto en la preceptiva». Queda así armonizado el contenido de la citada norma con criterios de equidad y justicia,* ***lo que implica un estudio particular en cada caso.*** *”SENTENCIA SL 1510 el 5 de febrero de 2014. (Negrillas y subrayas fuera del texto original)*

*En otras palabras, tendrá derecho a la sustitución pensional quien, al momento de la muerte del pensionado, tenía una sociedad conyugal que no fue disuelta, con separación de hecho. En este último evento, el cónyuge supérstite deberá demostrar que convivió con el causante por más de dos (2) o cinco (5) años, en cualquier tiempo, según la legislación aplicable, en virtud de la fecha de fallecimiento del causante[[15]](#footnote-15).*

Posición reiterada desde la sentencias T-278 de 2013[[16]](#footnote-16) y T-090 de 2016[[17]](#footnote-17)

Con fundamento en la jurisprudencia expuesta, la Sala considera que el causante que no haya dejado en vida disputa entre sus parejas, háblese de cónyuge y compañero permanente, corresponderá a alguno de estos que demande el derecho acreditar la convivencia con aquel dentro de los cinco (5) años anteriores al deceso al tenor del literal "a" del artículo 13 de la Ley 797 de 2003, que modificó el artículo 47 de la Ley 100 de 1993; ya cuando se ventilen disputas entre cónyuge y compañero (a) permanente supérstite respecto de la sustitución pensional por convivencia simultánea o cuando, al momento del fallecimiento tenía un compañero (a) permanente y una unión conyugal vigente con separación de hecho, no es necesario al cónyuge supérstite demostrar una convivencia con el causante de cinco años inmediatamente anteriores a la muerte, sino que pudo haberse dado en cualquier tiempo, exigencia que sí cabrá para el compañero permanente. Y el reconocimiento pensional analizado se extenderá al cónyuge supérstite separado de hecho del causante con quien al momento del fallecimiento tenía sociedad conyugal vigente y cuando este último no tenía compañera permanente que solicitará el derecho, en virtud a la finalidad de la sustitución pensional o pensión de sobreviviente que no es otra que proveer de protección al matrimonio, eso sí, examinando las implicaciones de cada caso concreto y que por principio de justicia y equidad se ajusten a la finalidad propia de la prestación deprecada.

**4.- Relación probatoria**

* Registro civil de nacimiento del demandante y la señora Teresa del Carmen Sarmiento Gómez y de sus documentos de identidad (f. 25, 26, 27, 28)
* Registro civil de matrimonio entre Adriano Bohórquez y Teresa del Carmen Sarmiento Gómez celebrado el 14 de noviembre de 1975 (f. 23)
* Resolución No. 22998 del 16 de agosto de 2002 expedida por CAJANAL por medio de la cual ordenó el reconocimiento y pago de pensión mensual vitalicia de jubilación *“gracia”* de la señora Teresa del Carmen Sarmiento en cuantía de $1.350.016.49 cuyas disposiciones aplicables fueron las Leyes 114 de 1913, 33 y 62 de 1985 (f. 54-56)
* Resolución No. 39541 del 10 de agosto de 2008 expedida por CAJANAL mediante la cual dio cumplimiento a fallo de tutela y reliquidó por nuevos factores salariales la pensión gracia de la señora Sarmiento Gómez en cuantía del $1.493.822.88 reconocida en Resolución No. 22998 del 16 de agosto de 2002 (f. 49-53)
* Escritura Pública 1866 de fecha 19 de julio de 1988 protocolizada ante la Notaría Segunda del Circulo de Tunja a través de la cual se consigna el acto jurídico de compraventa de un apartamento ubicado en el Edificio California de la ciudad de Tunja por parte de los señores Adriano Bohórquez y Teresa del Carmen Sarmiento Gómez junto a su respectivo certificado de libertad (f. 57-67)
* Demanda presentada el 8 de mayo de 2015 por Teresa del Carmen Sarmiento Gómez mediante apoderado contra del demandante Adriano Bohórquez en la que pretendió la cesación de efectos del matrimonio católico celebrado el 14 de noviembre de 1975 (f. 31-35) y providencias proferidas por el juez de conocimiento en el trámite del proceso respectivo el cual fue culminado por muerte de la señora Sarmiento (fs. 36-39)
* Registro civil de defunción de Teresa del Carmen Sarmiento Gómez expedido por la Registraría Nacional del Estado Civil cuya fecha de deceso fue el 30 de junio de 2015 (f. 24)
* Expediente administrativo contentivo del trámite de reconocimiento de pensión de sobrevivientes en la que se encontró que el actor elevó el día 21 de agosto de 2015, petición de reconocimiento pensional de sobreviviente con ocasión del fallecimiento de la señora Sarmiento. Igualmente se encuentra escrito del abogado Fabio Martínez Calderón en el que señala que, por voluntad expresa de la accionante, como última voluntad antes de su deceso, solicita que no se reconozca pensión alguna a favor del actor (f. 48, 83)
* Resolución No. RDP 048597 del 20 de noviembre de 2015 expedida por la UGPP a través de la cual negó al actor el reconocimiento de la pensión de sobreviviente con ocasión al fallecimiento de la señora Teresa del Carmen Sarmiento Gómez (fs. 11-15)
* Resolución RDP 005984 del 11 de febrero de 2016, expedida por la UGPP mediante la cual resolvió el recurso de apelación interpuesto contra el anterior acto administrativo confirmándola (f. 16-22)
* Declaraciones juramentadas extrajudiciales de Adriano Bohórquez (f. 29), Marylu Sarmiento Gómez (f. 43-44) y Lina Victoria Sarmiento Gómez (f. 46-47).
* Testimonio de la señora Lina Victoria Sarmiento en el que señaló: *"(. . .) PREGUNTA EL DESPACHO: ¿cuánto tiempo usted convivió con la señora Teresa del Carmen Sarmiento Gómez?: RESPONDIO: 14 años. DESPACHO: Indíquele al despacho cómo o cuáles eran los gastos de sostenimiento del inmueble donde usted convivía con la señora Teresa del Carmen Sarmiento Gómez. RESPONDIÓ: Los compartíamos, cincuenta y cincuenta por ciento. PREGUNTADO: ¿Usted conoce al señor Adriano Bohórquez? RESPONDIO: Si señora. PREGUNTADO: ¿Hace cuánto? RESPONDIO: Como 25 años. Más de 25 años. PREGUNTADO: ¿De acuerdo a la declaración extrajuicio le pregunto si el señor Adriano Bohórquez en qué época convivía, colaboró, presto ayuda a su hermana Teresa del Carmen Sarmiento Gómez? RESPONDIÓ: Durante el tiempo que ellos convivieron, como hasta el año 91. PREGUNTADO: ¿Después del año 91 el señor Adriano Bohórquez prestó alguna colaboración a su hermana Teresa del Carmen Sarmiento Gómez? RESPONDIÓ: No señora." (Cd folio 157)*
* Interrogatorio de parte del señor Adriano Bohórquez en el que afirmó: *"PREGUNTADO: ¿Indíquele al despacho con quien convivió la señora Teresa del Carmen Sarmiento Gómez antes de su fallecimiento? RESPONDIÓ: Entiendo que ella no convivió con nadie específicamente. PREGUNTADO: Es decir, ¿tiene conocimiento si ella vivía sola o con alguien? RESPONDIÓ: Desde el punto de vista de pareja entiendo que vivía sola. Hasta donde no sé, no me consta, si convivía con las hermanas u otras. PREGUNTADO: Indíquele al despacho si hubo separación de hechos entre la señora Teresa del Carmen Sarmiento Gómez y usted. RESPONDIÓ: si hubo separación de hecho. PREGUNTADO: Favor indíquele al despacho, ¿con qué periodo de tiempo? RESPONDIÓ: Puntualmente, la separación se dio para el mes de enero o febrero de 1991. PREGUNTADO: ¿Es decir, que para el año 2015 estaban juntos? RESPONDIÓ: Con toda consideración dra, no estábamos juntos porque nos habíamos separado de hecho en 1991. PREGUNTADO: ¿O sea, que a partir de 1991 y no se volvieron a unir? RESPONDIÓ: Como pareja obviamente no, pero mantuvimos una mediana comunicación y al haber una separación de hecho y sin haberse presentado una liquidación de la sociedad conyugal, ella vivió un apartamento que habíamos adquirido juntos en 1988 del cual naturalmente intenté que se saliera o cosas así, porque era el único apoyo además de algunas conversaciones telefónicas esporádicas que teníamos de relación de comunicación. PREGUNTADO: Por favor indíquele al despacho, ¿cuál es su actual medio de subsistencia? RESPONDIO: Haber en este momento estoy prácticamente desempleado, porque por mi edad no tengo actividad alguna relacionada con mi profesión. PREGUNTADO: ¿Expóngale al despacho como fue su convivencia con su difunta esposa durante los 16 años y 2 meses en que compartió con ella bajo el mismo techo y lecho? RESPONDIÓ: La convivencia fue la de una pareja común y corriente, debidamente casados ante la iglesia, yo contraje matrimonio con ella el 14 de noviembre de 1975, en ese momento específico ella estaba embarazada, a los 2 meses de habernos casado perdió el bebé y de común acuerdo continuamos en la función propia de cualquier familia pensando en tener hijos. Y durante 16 año como usted bien lo ha dicho agotamos todas las instancias posibles para llegar a ese objetivo a tal punto que en esa época era el Dr. Elkin Lucena quien nos atendió y asesoró y agotamos las últimas circunstancias o posibilidades de tener hijos y no fue posible desde el punto de vista natural y además con inseminación artificial, ese fue como el origen y la razón del matrimonio de esos 16 años, convivencia normal de mutuo apoyo. Cuando me casé estaba en la universidad, me gradué. Naturalmente ella era docente tenía sus ingresos, entre ambos, yo tenía un mejor ingreso porque estaba ejerciendo mí profesión a partir de 1980. Hicimos todo lo posible por tener hijos y llevamos una convivencia normal. Al principio del matrimonio viviendo en arriendo, posteriormente con mis ahorros de 8 años de trabajo logré comprar un apartamento. Apartamento que ella tuvo hasta el final de sus días, porque como lo dije anteriormente, nunca intenté a pesar de darse la separación de hecho, que desalojara o algo de ese estilo. Intenté luego dada la separación de hecho que hiciéramos la liquidación de la sociedad conyugal, ella no pese a que le planteé una minuta para la separación de bienes, hiciéramos también el proceso de divorcio y ella se negó en ese momento. Hasta ahí llego en ese momento la parte de relación patrimonial como tal, ella optó su posición firme de no darme el divorcio y pues no se puedo avanzar nada más (f. 159)*

**5.- Caso concreto**

A juicio del a-quo, el accionante no tiene derecho al reconocimiento pensional deprecado en tanto no acreditó que haya hecho vida marital con la señora Teresa del Carmen Sarmiento hasta su muerte cohabitando por lo menos cinco (5) años continuos con anterioridad a ese hecho de acuerdo a lo establecido en el literal a) del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003. No resultaba aplicable lo dispuesto en el inciso tercero del literal b) del artículo 47 *ibídem,* ya que regula los conflictos suscitados ante convivencia simultánea con el causante.

Para la parte apelante, el actor tiene derecho a la sustitución pensional de la causante, en razón a que a la fecha de fallecimiento -30 de junio de 2015-, a pesar de que estaba separado de hecho de aquella, la sociedad conyugal surgida de su matrimonio católico celebrado el 14 de noviembre de 1975 estaba vigente y demostró convivencia de 5 años, en cualquier tiempo, con ella, como lo fue entre el 14 de noviembre de 1975 y el mes de enero de 1991, cumpliendo así lo exigido en el inciso tercero del literal b) del artículo 47 *ibídem.* Y existe jurisprudencia que apoya su tesis.

Sea lo primero señalar que ante esta instancia no se cuestionó la validez de los medios de prueba que se arrimaron al proceso y este Tribunal tampoco lo hará en virtud al marco de competencias que limita el pronunciamiento ante esta instancia.

Hecha la anterior precisión, la Sala confirmará el fallo apelado por las razones expuestas a continuación:

Quedó probado en el plenario que el demandante Adriano Bohórquez y la señora Teresa del Carmen Sarmiento Gómez contrajeron matrimonio católico el 14 de noviembre de 1975, en vigencia del cual adquirieron un apartamento en el Edificio California de la ciudad de Tunja (f. 23, 57-67); así mismo, que convivieron desde esa fecha hasta enero de 1991, es decir, por aproximadamente 16 años, hecho que se acreditó no solo con la declaración extra proceso del mismo actor en la que señaló que “(…) conviví de manera permanente e ininterrumpida, compartiendo techo, lecho y mesa desde el día 14 de noviembre de 1975 hasta el mes de enero de 1991, es decir durante 16 años y 2 meses con el (la) señor (a) TERESA DEL CARMEN SARMIENTO GOMEZ (q.e.p.d.)(…)” (f. 29), sino con su interrogatorio de parte en el que al preguntársele sobre su convivencia con su esposa durante los 16 años y 2 meses en que compartió con ella bajo el mismo techo y lecho, respondió “La convivencia fue la de una pareja común y corriente, debidamente casados ante la iglesia, yo contraje matrimonio con ella el 14 de noviembre de 1975 (…) Y durante 16 años como usted bien lo ha dicho agotamos todas las instancias posibles para llegar a ese objetivo [formar familia] (…)” (CD f. 159).

De igual modo, que la señora Teresa del Carmen Sarmiento Gómez falleció el 30 de junio de 2015 (f. 24), fecha en la cual se puede advertir, en primer lugar, que aquella no había disuelto la sociedad conyugal con su esposo Adriano Bohórquez como se coligió de la demanda que interpuso el 8 de mayo de 2015 –días antes de su muerte- contra este en la que pretendía la cesación de efectos del matrimonio católico por separación de cuerpos desde 1991 (f. 31-35), en segundo lugar, que no convivía con aquel, según la declaración extrajuicio rendida por el demandante en la que señaló que “*conviví de manera permanente e ininterrumpida, compartiendo techo, lecho y ,esa desde el día 14 de noviembre de 1975 hasta el mes de enero de 1991” (f. 29)*, así mismo, en el interrogatorio de parte, quien al preguntársele si para el año 2015 estaban juntos, respondió *“Con toda consideración dra, no estábamos juntos porque nos habíamos separado de hecho en 1991”,* de igual forma, con las declaraciones extrajuicio de las señora Marylu y Lina Sarmiento Gómez, hermanas de la causante quienes coincidieron en manifestar que el señor Adriano Bohórquez hace más de 20 años no colaboró, vivió, se comunicó o prestó ayuda mutua a su hermana Teresa del Carmen, debido a la separación de hecho que se presentó entre ellos, por motivos de infidelidad del señor Bohórquez y que la señora Sarmiento Gómez siempre les manifestó que nunca más tuvo noticias, ni se comunicó con él (f. 43-47), manifestaciones que, valga resaltar, la señora Lina Sarmiento Gómez ratificó en su declaración (minuto: 4:25 a 8:18)

Y, en tercer lugar, se puede corroborar que la señora Teresa del Carmen no convivía con otra persona al momento de su deceso, como lo sostuvo el actor en su interrogatorio de parte quien al solicitársele que indicara con quién convivió aquella antes de su fallecimiento, respondió que *“entiendo que ella no convivió con nadie específicamente”*, y que *“Desde el punto de vista de pareja entiendo que vivía sola”* (minuto: 4:25 a 8:18).

Bajo este contexto probatorio y en atención a la jurisprudencia constitucional y ordinaria examinada, la Sala dirá que se aparta del criterio jurídico expuesto por el a-quo, en tanto que si el actor, en condición de cónyuge supérstite separado de hecho de la pensionada Teresa del Carmen Sarmiento cuya sociedad conyugal no había sido liquidada a la fecha del fallecimiento de esta en junio de 2015, y la cual no tenía convivencia simultánea con otra persona a esa data, no le era aplicable lo previsto en el literal a) del artículo 47 de la Ley 100 de 1993 modificada mediante la Ley 797 de 2003, que le exigía probar, como cónyuge supérstite para hacerse acreedor al derecho pensional deprecado, su convivencia con la causante dentro de los cinco años anteriores a su deceso, sino que su situación se enmarcaba, acorde con el criterio pretoriano invocada, 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 a escenarios en que tal cónyuge cumple esos presupuestos y no hay compañera permanente que pugne por el derecho pensional y que le permitía corroborar la convivencia con el causante por cinco años en cualquier tiempo, y valorar las condiciones de cada caso concreto.

En efecto, como lo precisara la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en interpretación del inciso final del literal b) del artículo 13 de la Ley 797 de 2003, que modificó el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, la cual encontró respaldo en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, tal norma se debe aplicar también en los casos en que no exista compañera o compañero permanente al momento del fallecimiento del afiliado o pensionado, toda vez que si el derecho incorporado en ese literal, otorgaba esa prerrogativa a la (el) cónyuge cuando mediaba una (un) compañera (o) permanente, no podía existir argumento en contra, ni proporcionalidad alguna, que se le restara cuando aquella no se hallaba, pues entonces la finalidad de la norma no se cumplía, es decir, no se proveía la protección al matrimonio que el Legislador incorporó, haciendo la salvedad, de que la convivencia en el matrimonio, independientemente del periodo en que aconteció, no podía ser inferior a 5 años, según lo dispuesto en la preceptiva, quedando así armonizado el contenido de la citada norma con criterios de equidad y justicia, **lo que implica además un estudio particular en cada caso.**

Sin embargo, al descender al asunto bajo examen como lo exige ese criterio interpretativo, la Sala considera que el señor Adriano Bohórquez, no cumplió a cabalidad con lo requerido en el inciso final del literal b) del artículo 13 de la Ley 797 de 2003, que modificó el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, en armonía con su alcance jurisprudencial.

Ello, puesto que pese a que convivió con ella desde la fecha de su matrimonio - 14 de noviembre de 1975, hasta enero de 1991, es decir, por más de los cinco años en cualquier tiempo -no en tiempo inmediatamente al fallecimiento-, y cuya convivencia se vio reflejada en la compraventa mancomunada que hicieron en el año 1988 del apartamento ubicado en el Edificio California de la ciudad de Tunja como lo muestra la Escritura Pública 1866 de fecha 19 de julio de tal año protocolizada ante la Notaría Segunda del Circulo de Tunja (f. 57-67), no lo es menos que en este caso en particular no hay sustento probatorio que permita predicar la necesidad de dar alcance a los fines de la pensión de sobreviviente en tratándose del matrimonio en razón a la protección económica que requería el actor ante la falta de la causante como lo trazó la jurisprudencia ordinaria y constitucional en estos casos, además, se advierte que este Tribunal ya emitió un criterio valorativo sobre la causa petendi.

En efecto, ha sostenido pacífica y reiteradamente la jurisprudencia constitucional que la finalidad de la pensión de sobrevivientes o de la sustitución pensional no es otra que *“proteger a los miembros del grupo familiar del pensionado por vejez e invalidez del posible desamparo al que se pueden enfrentar por razón de la muerte del causante”,* garantizándole *“(…) 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]](#footnote-18), "(...) puesto que el espíritu que orienta la normas que rigen la sustitución pensional a cargo de los empleadores particulares es el de proteger a la persona que en realidad prestó asistencia y compañía al trabajador o a la persona pensionada hasta el momento de su fallecimiento, claro está, que sin perjuicio del cónyuge que no lo pudo hacer por culpa del causante"*[[19]](#footnote-19)*.*

Y lo que en esta cuestión se encuentra probado es que pese a que convivieron por un tiempo superior a 5 años, hubo una larga separación de hecho del señor Bohórquez y la señora Sarmiento Gómez por más de 24 años, desde 1991 hasta la muerte de esta última el 30 de junio de 2015, tiempo en el que permanecieron distantes, de igual forma, que existía una clara intención de la causante de culminar por vía judicial la cesación de efectos civiles del matrimonio por separación de cuerpos con el demandante a escasos días de su deceso (f. 36-39), y que el actor no estuvo o está en situación de vulnerabilidad y extrema necesidad que obligara en este asunto a actualizar los efectos personales del matrimonio existente no disuelto entre el actor y la causante los cuales conforme con la ley civil consisten, entre otros, en el socorro y la ayuda mutua, hallándose en parte en la posibilidad de reconocimiento de la pensión de sobrevivientes o sustitución pensional, como en su oportunidad lo descolló la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en interpretación del inciso final del literal b) del artículo 13 de la Ley 797 de 2003, que modificó el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, aupada por la Corte Constitucional para concretar principios de equidad y justicia.

De otra parte, no puede pasarse por alto el pronunciamiento de este Tribunal, que, si bien no puede catalogarse como cosa juzgada, sí sienta un criterio sobre los alcances de la causa petendi pensional que aquí se ventila.

Ello pues la Sala encontró al revisar el Sistema de Información Siglo XXI como la relatoría de la Corporación que, en sentencia del 11 de abril de 2019, proferida por la Sala de Decisión N. 3 de este Tribunal dentro del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho radicado bajo el número 15238-33-33-005-2017-00097-01, cuyo demandante era precisamente el señor Adriano Bohórquez y demandado el Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio se negaron las pretensiones de su demanda tendientes al reconocimiento, reliquidación y pago de la pensión de sobrevivientes de jubilación a su favor en calidad de cónyuge supérstite de la causante Teresa del Carmen Sarmiento Gómez, con efectos fiscales a partir del 30 de junio de 2015, fecha de su fallecimiento.

Así mismo, que los hechos y normas en los que fundamentó su pretensión fueron similares a los aquí planteados, según ese fallo:

*“Que el señor Adriano Bohórquez y la causante Teresa del Carmen Sarmiento Gómez contrajeron matrimonio por el rito católico en la Parroquia San Francisco de Asís de la Ciudad de Tunja el 14 de noviembre de 1975, sin que procrearan hijos, fijando como lugar de residencia del matrimonio la Calle 19 No.8-63 de Tunja, lugar donde vivió la causante hasta el fallecimiento.*

*Que la causante el 08 de mayo de 2015, es decir, 54 días antes de su fallecimiento otorgó poder para adelantar el proceso de Cesación de Efectos Civiles del matrimonio celebrado con el demandante y al 30 de junio de 2015 -día en que falleció la causante- no se había proferido fallo de cesación de efectos civiles del matrimonio, proceso que se dio por terminado en auto de 28 de julio de 2015. Es decir, que a la fecha del fallecimiento de la señora Teresa del Carmen Sarmiento Gómez se encontraba vigente el matrimonio y la sociedad conyugal conformada con el demandante.*

*Que la señora Teresa del Carmen Sarmiento Gómez convivió con el demandante durante 16 años y 2 meses comprendidos entre el 14 de noviembre de 1975 y el mes de enero de 1991 de forma permanente, estable y con apoyo mutuo. Finalmente, señaló que la causante fue pensionada por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio a través de la Resolución No.0084 del 21 de febrero de 2007, la cual, fue reliquidada a través de la Resolución No.002749 del 04 de junio de 2012.*

*Como normas violadas señaló el artículo 47 de la Ley 100 de 1993; y el precedente jurisprudencial del Consejo de Estado”*

Con fundamento en esas pretensiones, situación fáctica y concepto de violación, esta Corporación precisó, basándose en pronunciamientos del Consejo de Estado, que acogían posiciones de la Corte Suprema de Justicia y de la Corte Constitucional, que el entendimiento constitucional del inciso 3° del literal b) del artículo 13 de la Ley 797 de 2003, que modificó el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, implica que se acredite como condición necesaria la coexistencia del derecho entre cónyuge y compañero (a) permanente, del primero por razón de la sociedad conyugal no disuelta y del segundo por razón de la convivencia. Ello por cuanto sólo si esta condición se presenta habrá lugar a cuotas partes para cada una de estas personas que compartieron su vida con el causante de la pensión; de lo contrario, se presentará otra opción, como es la convivencia por matrimonio o unión marital de hecho durante los últimos 5 años de vida del causante, es decir, el supuesto previsto en el literal a) el artículo 13 de la Ley 797. Y recordó que la Corte Constitucional al declarar la constitucionalidad de la última parte del tercer inciso del artículo 13 de la Ley 797 de 2003, mediante la estudiada sentencia C-336 de 2014, consideró que el reconocimiento de la cuota parte al cónyuge separado de hecho, pero sin liquidación de la sociedad conyugal, surge en tanto esta situación impide la conformación sociedad patrimonial entre los compañeros permanentes.

En consecuencia, se confirmó la decisión denegatoria de las pretensiones de la demanda proferida por el Juzgado Quinto Administrativo de Tunja al considerar que conforme con el acervo probatorio, con relevancia del interrogatorio de parte al actor, este no acreditó convivencia en los últimos cinco años de vida de la causante, y admitió la confirmación de una unión de hecho de la cual nació una hija, lo que significaba que ni siquiera tuvo convivencia simultánea con la señora Teresa del Carmen Sarmiento (q.e.p.d.) precisamente porque él sostenía una relación de ayuda mutua y solidaridad con la señora María Clemencia Arévalo.

De igual forma, precisó que las sentencias que fundamentaban su apelación y que referían a la posibilidad de que cónyuge con separación de hecho, pero con vigencia de la sociedad conyugal, acreditara 5 años de convivencia en cualquier tiempo para el reconocimiento de la sustitución –que aquí, valga resaltar, nuevamente se retoman en el fundamento de la alzada- no resultaban precedente para el caso concreto en tanto que refería a situaciones en que el causante al momento de su muerte se encontraba en convivencia simultánea[[20]](#footnote-20).

Es decir, que el fallo en mención emitió pronunciamiento acerca de la procedencia de la sustitución pensional del actor en tratándose de la pensión de jubilación de la causante Teresa del Carmen Sarmiento Gómez con ocasión a su fallecimiento ocurrido el 30 de junio de 2015, en aplicación de las normas consagradas en el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, con la modificación que le introdujo el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, cuyas apreciaciones resultan atendibles al presente caso, que igualmente versó en la sustitución pensional a favor del actor pero de la pensión gracia de la que gozaba la causante en obedecimiento a lo previsto igualmente en esos cánones normativos y otorgándole relevancia, en uno u otro caso, a la finalidad de la prestación pensional acorde a sus fines constitucionales de asistencia y protección.

Aclara la Sala que aunque en esta oportunidad se advirtió la existencia de una interpretación jurisprudencial de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia apoyada por vía de tutela por la Corte Constitucional que hace extensible los efectos del inciso tercero del literal b) del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por medio del artículo 13 de la Ley 797 de 2003, relativo a disputas entre parejas del causante, en particular, del cónyuge separado de hecho del causante y con sociedad conyugal vigente y compañero permanente, a casos como la existencia de cónyuge separado de hecho y sociedad conyugal vigente con el causante sin que este hubiese tenido compañero permanente como sucedió en el sub-lite, no lo es menos que esa interpretación jurisprudencial encuentra coincidencias principalisticas con la sentencia del 11 de abril de 2019, proferida por la **Sala de Decisión N. 3** de este Tribunal al exigir la atención de las finalidades de la pensión de sobrevivientes o sustitución pensional para la protección de la familia generada en el matrimonio con miras a materializar los principios de justicia y equidad, finalidades que en este caso no se corroboraron, pues más allá del vínculo legal que ataba al actor a la accionante, este no acreditó que requiriera apoyo o ayuda en razón al deceso de la causante, en tanto que procuró su sostenimiento y ayuda alejado de la esta y bajo un nuevo ámbito familiar y personal.

Por todo lo expuesto, estima la Sala que la sentencia de primera instancia deberá ser confirmada, pero por las razones expuestas en esta providencia.

**VII. COSTAS PROCESALES**

En materia de costas, el Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección “A” en sentencia de 7 de abril de 2016, con ponencia del Consejero Doctor William Hernández Gómez, dentro del proceso con Radicación: 13001-23-33-000-013-00022-01 Número Interno: 1291-2014, Actor: José Francisco Guerrero Bardi, Demandado: Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social – UGPP - Caja Nacional de Previsión Social – Cajanal EICE, en Liquidación, (Hoy liquidada), precisó:

*“(…) El análisis anterior permite las siguientes conclusiones básicas sobre las costas:*

1. *El legislador introdujo un cambio sustancial respecto de la condena en costas, al pasar de un criterio “subjetivo” –CCA- a uno “objetivo valorativo” –CPACA-.*
2. *Se concluye que es “objetivo” porque en toda sentencia se “dispondrá” sobre costas, es decir, se decidirá, bien sea para condenar total o parcialmente, o bien para abstenerse, según las precisas reglas del CGP.*
3. *Sin embargo, se le califica de “valorativo” porque se requiere que en el expediente el juez revise si las mismas se causaron y en la medida de su comprobación. Tal y como lo ordena el CGP, esto es, con el pago de gastos ordinarios del proceso y con la actividad del abogado efectivamente realizada dentro del proceso. Se recalca, en esa valoración no se incluye la mala fe o temeridad de las partes.*
4. *La cuantía de la condena en agencias en derecho, en materia laboral, se fijará atendiendo la posición de los sujetos procesales, pues varía según sea la parte vencida el empleador, el trabajador o el jubilado, estos últimos más vulnerables y generalmente de escasos recursos, así como la complejidad e intensidad de la participación procesal (Acuerdo núm. 1887 de 2003 Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura).*
5. *Las estipulaciones de las partes en materia de costas se tendrán por no escritas, por lo que el juez en su liquidación no estará atado a lo así pactado por éstas.*
6. *La liquidación de las costas (incluidas las agencias en derecho), la hará el despacho de primera o única instancia, tal y como lo indica el CGP[[21]](#footnote-21), previa elaboración del secretario y aprobación del respectivo funcionario judicial.*
7. *Procede condena en costas tanto en primera como en segunda instancia”.*

En ese orden de ideas, al expedirse la Ley 1437 de 2011, se dejó de lado el régimen subjetivo del hoy derogado Decreto 01 de 1984, que determinaba la condena en costas a la parte vencida en el proceso, pero con el ingrediente de tener en cuenta su conducta procesal, ya fuera esta dilatoria, abusiva o temeraria. Precisamente, mediante el artículo 188 del CPACA se acogió el régimen objetivo de la condena en costas, establecido para el Procedimiento Civil, actualmente regulado por el Código General del Proceso, artículo 365, quedando pues, sujeta su imposición al hecho de ser vencido en juicio.

Precisamente, el artículo 365 estableció las reglas para la condena en costas:

*“Artículo 365. Condena en costas.*

*En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas:*

*1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto. Además, en los casos especiales previstos en este código.*

*Además, se condenará en costas a quien se le resuelva de manera desfavorable un incidente, la formulación de excepciones previas, una solicitud de nulidad o de amparo de pobreza, sin perjuicio de lo dispuesto en relación con la temeridad o mala fe.*

*2. La condena se hará en sentencia o auto que resuelva la actuación que dio lugar a aquella.*

*3. En la providencia del superior que confirme en todas sus partes la de primera instancia se condenará al recurrente en las costas de la segunda.*

*4. Cuando la sentencia de segunda instancia revoque totalmente la del inferior, la parte vencida será condenada a pagar las costas de ambas instancias.*

*5. En caso de que prospere parcialmente la demanda, el juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial, expresando los fundamentos de su decisión.*

*6. Cuando fueren dos (2) o más litigantes que deban pagar las costas, el juez los condenará en proporción a su interés en el proceso; si nada se dispone al respecto, se entenderán distribuidas por partes iguales entre ellos.*

*7. Si fueren varios los litigantes favorecidos con la condena en costas, a cada uno de ellos se les reconocerán los gastos que hubiere sufragado y se harán por separado las liquidaciones.*

*8. Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación.*

*9. Las estipulaciones de las partes en materia de costas se tendrán por no escritas. Sin embargo, podrán renunciarse después de decretadas y en los casos de desistimiento o transacción.”*

Así las cosas, el factor subjetivo no es el que debe analizarse, sino que, por el contrario, al juez corresponde disponer sobre la imposición de costas, siempre que ellas se hayan demostrado.

A efectos de determinar si procede la condena en costas, la Sala advierte que, en sentencia del 22 de febrero de 2018, la Sección Segunda del H. Consejo de Estado Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda- Subsección “B”. CP: Sandra Lisset Ibarra Vélez, expediente con Radicación 25000-23-42-000-2012-00561-02(0372-17), se recoge las posiciones anteriores adoptadas por las Subsecciones A y B de esa Corporación y señala que **para determinar las costas se debe adoptar un criterio objetivo valorativo**, pues el artículo 188 Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA) impone al juez la facultad de disponer sobre la condena respecto de éstas, *“(…) lo cual debe resultar de analizar diversos aspectos dentro de la actuación procesal, tales como la conducta de las partes, y que principalmente aparezcan causadas y comprobadas, siendo consonantes con el contenido del artículo 365 del Código General del Proceso.”*

Por su parte, en la sentencia proferida el 20 de septiembre de 2018 por la Subsección "A" con ponencia del Consejero Doctor William Hernández Gómez, dentro del expediente con Radicación número: 20001-23-33-000-2012- 00222-01(1160-15), se lee lo siguiente:

*"(…) Por lo anterior, se colige que* ***la condena en costas implica una valoración objetiva valorativa que excluye como criterio de decisión la mala fe o la temeridad de las partes****. En efecto, el artículo 188 del CPACA, regula que, tratándose de costas en la jurisdicción de lo contencioso administrativo, en la sentencia, el juez tiene la obligación de pronunciarse sobre dicho aspecto, con excepción de los asuntos en los que se ventile un interés público.*

*Así mismo, de la lectura del artículo 365 del Código General del Proceso, se observa que varias de las situaciones por las que se impone el pago de las costas del proceso, están relacionadas con el hecho de que una de las partes resultó vencida en el juicio, sin que para tal efecto se indique que adicionalmente debe verificarse mala fe o temeridad (…)" Resaltado fuera de texto*

No obstante, en sentencia de la misma fecha, la Subsección "B" con ponencia de la Consejera Doctora Sandra Lisset Ibarra Vélez, en el expediente con Radicación número: 68001-23-33-000-2014-00988-01(3301-17), se expuso:

*"Finalmente observa la Sala que el tribunal de primera instancia condenó en costas a la entidad demandada aplicando una tesis objetiva -pues no se refirió a la conducta desplegada por la demandada en el curso del proceso judicial-, por lo cual se precisa que esta no puede ser impuesta por el simple hecho de resultar vencida una parte dentro de un proceso judicial adelantado ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, toda vez que para adoptar esa decisión, se debe establecer y estar comprobado en el proceso,****que la parte vencida realizó conductas temerarias o de mala fe que conduzcan a dicha condena.****Además, las costas deben estar probadas en el proceso, lo que quiere decir, que no pueden ser impuestas de manera automática, esto es, sin que se realice un debido análisis que conduzca determinar su ocurrencia.”*

Luego en sentencia proferida el 22 de octubre de 2018 por Subsección "B" de la Sección Segunda, C.P. Doctor Carmelo Perdomo Cueter, expediente con Radicación número: 05001-23-33-000-2014-00063-02(1074-15) Actor: Universidad de Antioquia, se precisó:

*"(…) Por consiguiente, esta Sala considera que la referida normativa deja a disposición del juez la procedencia o no de la condena en costas,****ya que para ello debe examinar la actuación procesal de la parte vencida y comprobar su causación y no el simple hecho de que las resultas del proceso le fueron desfavorables a sus intereses****, pues dicha imposición surge después de tener certeza de que la conducta desplegada por aquella comporta temeridad o mala fe, actuación que, se reitera, no desplegó el a quo, por lo que, al no predicarse tal proceder de la parte demandada, no se impondrá condena en costas (…)" Resaltado fuera de texto*

Luego, en sentencia proferida por la misma Sección Subsección "A", con ponencia del Consejero Doctor Gabriel Valbuena Hernández el 29 de agosto de 2019, en el proceso Radicado No. 15001-23-33-000-2014-191-01 (2002-2015), actora María Ofelia Leguízamo Carranza, **se acudió al régimen objetivo sin atención al criterio de temeridad.**

Las citadas providencias planteaban criterios opuestos, por lo que, ante tal circunstancia, debía atenderse la postura que resultara más favorable a la parte vencida, pues al no existir en esa Corporación un pronunciamiento consistente y unificado en materia de costas, no podía hablarse de un precedente judicial vinculante para la autoridad judicial, es decir tal circunstancia facultaba al juzgador para acoger el criterio que estimara más ajustado a derecho.

Y resulta trascendental señalar que el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, fue recientemente objeto de adición por el artículo 47 de la Ley 2080 de 2021, señalando que *“En todo caso, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas cuando se establezca que se presentó la demanda con manifiesta carencia de fundamento legal”,* norma aplicable al presente asunto en virtud del artículo 86 de aquella disposición que en tratándose de su régimen de vigencia y transición normativa previó, entre otras reglas que *“De conformidad con el artículo 40 de la Ley 153 de 1887, modificado por el artículo 624 del Código General del Proceso, las reformas procesales introducidas en esta ley prevalecen sobre las anteriores normas de procedimiento desde el momento de su publicación y solo respecto de los procesos y trámites iniciados en vigencia de la Ley 1437 de 2011”*, publicación de la Ley 2080 efectuada desde el 25 de enero de 2021 y de cara a este proceso que se rige por la Ley 1437.

Por consiguiente, atendiendo el análisis jurisprudencial, como la reforma legal aludida, la Sala encuentra que la demanda no careció de fundamento legal alguno, si se parte del debate probatorio que las pretensiones, hechos y fundamentos jurídicos allí expuestos suscitaron, y que precisamente ante esta instancia dio lugar a acceder a las pretensiones de la demanda, por tanto, no se condenará en costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión No. 2 del Tribunal Administrativo de Boyacá**,** administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

**FALLA**

**PRIMERO: CONFIRMAR** el fallo de primera instancia proferido el 22 de octubre de 2018, por el Juzgado Tercero Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja, pero por las razones expuestas en esta providencia.

**SEGUNDO.**  **SIN CONDENA** en costas a la parte vencida en esta instancia, por lo expuesto en precedencia.

En firme esta sentencia, por Secretaría devuélvase el expediente al despacho judicial de origen y déjense las anotaciones en el Sistema Único de Información de la Rama Judicial “Justicia Siglo XXI”.

Este proyecto fue estudiado y aprobado en Sala de decisión No. 2 de la fecha.

Notifíquese y cúmplase,

LUÍS ERNESTO ARCINIEGAS TRIANA

**Magistrado**

AUSENTE CON PERMISO

FABIO IVÁN AFANADOR GARCÍA

**Magistrado**

JOSÉ ASCENCIÓN FERNÁNDEZ OSORIO

**Magistrado**

Las anteriores firmas hacen parte integrante del expediente No. 150013333003-2017-00069-017

1. Sección Segunda, C.P. Gerardo Arenas Monsalve, en sentencia del 13 de septiembre de 2012, expediente 76001-23-31-000-2007-00481-01 [↑](#footnote-ref-1)
2. Invocó: Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, en proceso con radicado 42193 acta No. 03 de fecha 5 de febrero de 2014, Magistrado Ponente Carlos Ernesto Molina Monsalve, proceso promovido por Luz Asuad De Olano, en contra de la Caja Nacional de Previsión Social - CAJANAL- E.l.C.E.; y del Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección “B”, sentencia de fecha veinticuatro de agosto de dos mil dieciséis (2016) Radicado No. 11001-03-15-000-2016-01576-00. M.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez y de la Sección Cuarta, sentencia de treinta (30) de agosto de dos mil dieciséis 2016, Radicación número: 11001-03-15-000-2015-03208-01(AC), C.P. Hugo Fernando Bastidas Bárcenas. [↑](#footnote-ref-2)
3. Cabe aclarar que como lo precisara la juez a-quo, acorde con la jurisprudencia de este Tribunal, este régimen general también resulta aplicable al presente caso que trata del reconocimiento de la sustitución de la pensión gracia y no de la pensión de vejez que reconoce el Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio. [↑](#footnote-ref-3)
4. En sentencia C-556 de 2009, la Corte Constitucional declaró la inexequibilidad de tales literales al considerar que quebrantaba la prohibición de no regresividad en materia de seguridad social, dado que se establecía un requisito de fidelidad al sistema riguroso para acceder al reconocimiento y pago de una pensión de sobreviviente. Agréguese a lo expuesto que el Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A en sentencia del 20 de abril de 2017, C. P. William Hernández Gómez, radicación 2001-23-31-000-2011-00612-01(2244-15) [↑](#footnote-ref-4)
5. Aparte subrayado condicionalmente exequible [↑](#footnote-ref-5)
6. Este disponía: "ARTÍCULO 47. 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, deberá 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; (Aparte tachado declarado inexequible)

   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." [↑](#footnote-ref-6)
7. Cuadro tomado de la sentencia C-336 de 2014 [↑](#footnote-ref-7)
8. C-1176 de 2001 [↑](#footnote-ref-8)
9. T-197 de 2010 [↑](#footnote-ref-9)
10. Texto original de la Ley 100, artículo 47. [↑](#footnote-ref-10)
11. Al respecto se puede confrontar la Gaceta del Congreso 53 del 7 de febrero de 2003, donde está consignada el Acta de Plenaria Número 43 de la Sesión Extraordinaria del día viernes 20 de diciembre del año 2002. en la cual la Senadora Ángela Victoria Cogollo Amaya realiza la proposición de modificar el texto así: "Gracias, señor Presidente yo tengo dos proposiciones una supresiva y una Aditiva, la proposición aditiva es para aclararles muchas dudas a los señores Senadores sobre el inciso del literal b) del artículo 12 y lo voy a leer 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 o ellas 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." Y la supresiva, es: suprímase la frase final del literal a), del artículo 12 que dice: salvo que haya procreado uno o más hijos con el pensionado fallecido. La Presidencia somete a consideración de la plenaria el artículo 12 con las proposiciones aditiva y supresiva formuladas por la honorable Senadora Ángela Cogollo Amaya, y cerrada su discusión pregunta: ¿Adopta la plenaria el artículo con las modificaciones propuestas? Y ésta responde afirmativamente." Finalmente, el texto definitivo se publicó en este sentido en la Gaceta del Congreso 161 de 2003. [↑](#footnote-ref-11)
12. Corte Constitucional, sentencia C-1035 de 2008, reiterada por la sentencia C-336 de 2014. [↑](#footnote-ref-12)
13. Corte Suprema de Justicia, sentencia SL 24445 de 2005 y T-015 de 2017 [↑](#footnote-ref-13)
14. SU-453 de 2019 [↑](#footnote-ref-14)
15. Análisis a la luz del texto original del artículo 47 de la Ley 100 de 1993. [↑](#footnote-ref-15)
16. MP Mauricio González Cuervo [↑](#footnote-ref-16)
17. MP Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. [↑](#footnote-ref-17)
18. T-813 de 2002 y T-789 de 2003 [↑](#footnote-ref-18)
19. Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia del 1 de julio de 1993 [↑](#footnote-ref-19)
20. Como la proferida por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en proceso con radicado 42193, M.P. Carlos Ernesto Molina Monsalve, y del Consejo de Estado, en su Sección Segunda, Subsección “B”, en fallo del 24 de agosto de 2016, radicación 11001-03-15-000-2016-01576-00. M.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez, y de la Sección Cuarta, en sentencia del 30 de agosto de 2016, radicación 11001-03-15-000-2015-03208-01(AC), C.P. Hugo Fernando Bastidas Bárcenas, [↑](#footnote-ref-20)
21. “ARTÍCULO 366. LIQUIDACIÓN. Las costas y agencias en derecho serán liquidadas de manera concentrada en el juzgado que haya conocido del proceso en primera o única instancia, inmediatamente quede ejecutoriada la providencia que le ponga fin al proceso o notificado el auto de obedecimiento a lo dispuesto por el superior, con sujeción a las siguientes reglas:(…)” [↑](#footnote-ref-21)