



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
SALA DE DECISIÓN ESCRITURAL No. 002
SENTENCIA No. 11 /2017

Fls. 216 - 230

2 como

SIGCMA

**DIGITALIZADO
SIGLO XXI**

Cartagena de Indias D.T y C., veinticuatro (24) de Marzo de dos mil diecisiete (2017)

Acción	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicado	13-001-23-31-000-2012-00502-00
Demandante	ANA TERESA BARRIOS ARRIETA
Demandado	DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR
Magistrado Ponente	MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ
Tema	INEPTA DEMANDA POR INDEBIDA INDIVIDUALIZACIÓN DE LOS ACTOS DEMANDADOS – No procede por aplicación del principio de primacía del derecho sustancial sobre el formal. SUSTITUCIÓN PENSIONAL – Aplicación retroactiva de la Ley 100/93 y la Ley 797/03.

I.- ASUNTO A DECIDIR

Procede la Sala a decidir, en primera instancia, el proceso de ACCIÓN DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO, presentada por la señora ANA TERESA BARRIOS ARRIETA en contra del DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR.

II.- ANTECEDENTES

2.1. La demanda¹.

A través de apoderado judicial constituido para el efecto, la señora ANA TERESA BARRIOS ARRIETA presentó una demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, en contra del DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR, para que, previo el trámite a que hubiere lugar, se accediera a las siguientes,

2.2. Pretensiones

PRIMERA: Que se declare la nulidad de la Resolución No. 2325, del 8 de febrero de 1993, proferida por la Gobernación de Bolívar por medio de la cual se reconoció a la señora JUDITH ARTUZ DE ALMANZA, identificada con cedula No. 22.758.953, la sustitución de pensión mensual vitalicia en un 50% y KATIA MARGARITA, YENNY MARGARITA, YESSICA MARÍA, RAQUEL y GREGORIO ALMANZA BARRIOS e IRINA ALMANZA ARTUZ en el 50% restante.

¹ Folios 1-7 c/no 1



SEGUNDA: Que como consecuencia de la anterior declaración, se ordene al DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR – FONDO TERRITORIAL DE PENSIONES, a reconocer, cancelar e incluir en nómina a la señora ANA TERESA BARRIOS ARRIETA, como sustituta de la pensión del señor SIMÓN ALMANZA CASTILLO, quien fuera su compañero permanente, y que falleció el 13 de agosto de 1992.

TERCERA: Que se condene a la entidad Departamento de Bolívar, Fondo Territorial de Pensiones al pago de las mesadas retroactivas y mesadas adicionales, que la demandante dejó de recibir desde que se hizo exigible la obligación y hasta que se cancele el monto total de la misma.

CUARTO: Que se condene a la entidad Departamento de Bolívar, Fondo Territorial de Pensiones al pago de intereses moratorios que la demandante dejó de recibir desde que se hizo exigible la obligación y hasta el pago de la misma.

QUINTO: Que se condene a la entidad Departamento de Bolívar, Fondo Territorial de Pensiones al pago de la indexación y demás emolumentos que la demandante dejó de recibir desde que se hizo exigible la obligación y hasta que se cancele el monto total de la misma.

SEXTO: Si no se efectúa el pago de la en forma oportuna, la entidad condenada deberá liquidar y pagar los intereses moratorios y comerciales conforme al art. 177 del CCA. La condena debe ser actualizada en los términos del art. 178 del CCA.

Las anteriores pretensiones se sustentan en los siguientes

2.3 Hechos

Señala el abogado de la demandante, que el señor SIMÓN ALMANZA CASTILLO, era pensionado del Departamento de Bolívar- Fondo Territorial de Pensiones, y falleció el 13 de agosto de 1992, según consta en el registro civil de defunción.

Agrega que el señor ALMANZA presentó ante la Gobernación de Bolívar un memorial en donde indicó que la beneficiaria de la pensión jubilación reconocida a través de Resolución 00075, sería la señora ANA TERESA BARRIOS ARRIETA, en calidad de compañera permanente, y sus hijos KATYA MARGARITA, YENNI MARGARITA, YESICA MARÍA, RAQUEL, NORBERTO y GREGORIO ALMANZA BARRIOS.

Sostiene que la señora ANA TERESA BARRIOS, convivió con el señor ALMANZA desde el año 1968, hasta que éste último falleció en el año 1992, después de



estar internado dos meses en el hospital Universitario de Cartagena, y bajo el cuidado de la señora ANA TERESA BARRIOS.

Alega, que el 16 de diciembre de 1992, la accionante se presentó ante la entidad hoy demandada con una copia del oficio en el que el señor ALMANZA la designaba como su sucesora pensional; sin embargo, el 5 de octubre de 1992 también se presentó la señora JUDITH ARTUZ DE ALMANZA, alegando tener un mejor derecho para obtener la pensión.

Que por medio de Resolución No. 2325 del 8 de octubre de 1992, le fue reconocida la pensión de sobreviviente a la señora JUDITH ARTUZ DE ALMANZA en un 50%, y a KATYA MARGARITA, YENNI MARGARITA, YESICA MARÍA, RAQUEL, NORBERTO y GREGORIO ALMANZA BARRIOS el restante 50%.

El 2 de septiembre de 2011, se presentó derecho de petición al Departamento de Bolívar, solicitando el reconocimiento de la señora Ana teresa barrios como compañera permanente del señor ALMANZA e incluyéndola en la nómina pensional, que al no contestar, se configuró el silencio administrativo negativo.

2.4. Normas violadas y concepto de la violación

El apoderado de la accionante, acusa como vulneradas las normas que a continuación se transcriben:

- Constitución Política de Colombia 2, 4, 13, 25, 48, 53
- Ley 44 de 1980
- Ley 113 de 1985
- Ley 100 de 1993
- Decreto 758 de 1990
- Acuerdo 49 de 1990
- Art. 6 del Código Civil
- Art. 40 del C.C.A.

El concepto de la violación se concreta a los siguientes argumentos:

Alega el apoderado de la parte accionante, que se le violaron los derechos a la señora BARRIOS al no ser reconocida como compañera permanente del señor ALMANZA, y solamente tener como beneficiaria de la pensión de sobreviviente a la señora JUDITH ARTUZ, pues no se tuvo en cuenta el equilibrio previsto por la corte entre la cónyuge y la compañera permanente y sin tener en cuenta el documento presentado por el finado ante la Secretario de Servicios Administrativos del Departamento de Bolívar, en el cual designaba como sucesora de su pensión a la señora ANA TERESA BARRIOS y a sus hijos.



Añade, que los derechos reclamados se encuentran sustentados en la constitución nacional, la Ley 100 de 1993 y el Decreto 1211 de 1990, además de las sentencias T-1103 de 2000 y T 456 de 1994.

2.5 Contestación²

El DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR – FONDO TERRITORIAL DE PENSIONES, a través de apoderado judicial dio contestación oportuna a la demanda manifestando que es cierto que el señor ALMANZA falleció el 13 de agosto de 1992 y que el mismo presentó, ante el Secretario Administrativo de la Gobernación de Bolívar, el 10 de agosto de 1992, una solicitud escrita en la que se acogía a la Ley 44 de 1992, y además indicaba quienes debían sucederlo en su pensión, al momento de su muerte, y entre ellos se encontraba la señora ANA TERESA BARRIOS ARRIETA.

Agregó que si es cierto que la señora Barrios se presentó el 16 de diciembre de 1992 ante la Gobernación de Bolívar y solicitó que se le designara como sucesora de la pensión del señor SIMÓN ALMANZA CASTILLO, pero que no demostró ser la compañera permanente del mencionado. Que, a las oficinas de la entidad que representa, también se presentó la señora Judith Artuz, a quien se le reconoció la pensión en mención, por medio de la Resolución 2325 de octubre de 1993, por acreditar ser la conyuge del finado SIMÓN ALMANZA.

Manifestó, que es cierto que la señora ANA TERESA BARRIOS presentó el 2 de septiembre de 2011 una nueva solicitud de pensión, sin embargo, no es verdad que a dicha petición no se le haya dado respuesta, pues el DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR por medio de la Resolución 03 del 20 de febrero de 2012, contestó la citada solicitud, denegando las pretensiones de la hoy actora.

Como argumentos de defensa, la entidad accionanda manifiesta que, para la fecha en la cual se originó el deceso del señor SIMÓN ALMANZA CASTILLO y se expidió la resolución 2325 de 1993, aun se encontraba vigente el numeral 1 del art. 6° de Decreto 1160 de 1989, pues su declaratoria de inconstitucionalidad se dio en el año 2006, y por lo tanto para la fecha del acto administrativo demandado, solo se le reconocía la pensión en un 50% al cónyuge supérstite, quien tenía un mejor derecho; por lo tanto, el acto administrativo demandado fue proferido conforme a derecho.

Como excepciones de fondo, el apoderado del DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR propuso las siguientes: i) inexistencia del derecho y la obligación reclamada, ii) expresa prohibición legal; iii) la gobernación actuó en cumplimiento de un

² Folio 66-75 y



deber legal; iv) prescripción de los derechos de la demandante, v) cobro de lo no debido.

III. - TRÁMITE PROCESAL.

La demanda instaurada el 29 de mayo de 2012 (fl 1), pero fue repartida a los Juzgados Administrativos de esta ciudad. Una vez recibida por competencia en este Tribunal, se procedió con su admisión el 15 de mayo de 2013 (28-32), y la demanda se fijó en lista entre el 12 y el 23 de mayo de 2014.

La entidad demandada dio contestación a la misma 11 de abril de 2014. Con escrito del 19 de mayo de 2014 la parte accionante reformó la demanda, agregando nuevas pruebas (fl. 129), admitiéndose la misma el 12 de agosto de ese mismo año (fl. 134-135). Esta reforma se fijó en lista entre el 7 y el 21 de noviembre de 2014. El Departamento de Bolívar contestó con escrito del 12 de noviembre de ese mismo año (fl. 140-149)

El 10 de junio de 2016 se corrió traslado a las partes para alegar (fl. 198), oportunidad que fue aprovechada por los interesados y por el Ministerio Públicos así:

IV.- ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

4.1. Alegatos de la parte demandante³: La parte actora presenta sus alegatos solicitando que se accedan a las pretensiones de la demanda, puesto que de las pruebas obrantes en el asunto se deduce que la señora ANA TERESA BARRIOS tiene derecho a que se le reconozca la pensión de sobreviviente del señor Almanza. Solicita que se le dé el correspondiente valor probatorio a los documentos aportados al proceso, así como a las declaraciones rendidas por los señores WILLIAM HERRERA y ARELIS RODRÍGUEZ. En lo demás, reitera los argumentos expuestos en la demanda, el concepto de violación.

4.2. Alegatos de la parte demandada⁴: El apoderado de la entidad territorial demandada, solicita que se denieguen las pretensiones de la demanda, toda vez que, el Departamento de Bolívar actuó con base en la legislación vigente para la fecha de los hechos, 1992, en la que no se contemplaba la posibilidad de conceder pensión a la cónyuge y a la compañera permanente al mismo tiempo, sino que se le concedía a quien probaban tener mejor derecho. Adicionalmente, el acto administrativo por medio del cual se le concedió a la señora Judith la pensión de sobreviviente, es un acto particular que no puede ser revocado directamente por la administración, por lo que necesariamente

³ Folio 200 - 206

⁴ Folios 207 - 209



la señora ANA TERESA BARRIOS tenía que agotar las instancias judiciales para obtener el reconocimiento de sus derechos.

4.3 Ministerio Público⁵: La agente del Ministerio Público rindió concepto dentro del asunto, solicitando que se declare la nulidad de la Resolución 2325 de 1993 en cuanto al reconocimiento de la sustitución de pensión vitalicia a la señora JUDITH ARTUZ ALMANZA.

V.- CONSIDERACIONES

5.1. Control de legalidad

Tramitada la primera instancia y dado que, como resultado de la revisión procesal ordenada en el artículo Art. 25 Ley 1285 de 2009 – Modificatoria de la Ley 270 de 1996, no se observa causal de nulidad, impedimento alguno o irregularidad que pueda invalidar lo actuado.

Así las cosas, se procede a decidir la controversia suscitada entre las partes, previas las siguientes

5.2. Competencia.

El Tribunal es competente para conocer en primera instancia de la presente demanda, conforme lo establece el artículo 132 numeral 1º del Código Contencioso Administrativo, por tratarse de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho en contra de actos administrativos de carácter laboral, cuya cuantía supera el mínimo de 100 SMLMV.

5.3. Ineptitud sustancial de la demanda

Pretende la señora ANA TERESA BARRIOS ARRIETA que, por medio de acción de nulidad y restablecimiento del derecho se declare la nulidad parcial de la Resolución 2325 de 1993, por medio de la cual se reconoció a la señora JUDITH ARTUZ DE ALMANZA (q.e.p.d.) como sucesora en un 50% de la pensión del señor SIMÓN ALMANZA CASTILLO (q.e.p.d.). Sin embargo, advierte este Tribunal que, en la contestación de la demanda, el apoderado de la entidad accionada manifestó que la actora presentó el 2 de septiembre de 2011 una solicitud de pensión, que fue denegada por el Departamento de Bolívar mediante Resolución No. 03 del 20 de febrero de 2012. Dicho acto administrativo no fue demandado en este proceso.

⁵ Folio 210 - 214



En cuanto al presupuesto de demanda en forma, encuentra la Sala, que si bien ésta fue en su momento admitida, la misma presenta un vicio que la hace inepta en grado sustancial, lo que impone a la Sala hacer el siguiente análisis.

Se sabe que la demanda es el instrumento a través del cual se ejercita el derecho de acción, es decir, que inicia el proceso judicial para obtener - mediante la sentencia- la resolución de las pretensiones que formula la parte demandante. Bajo ese entendido, y considerando la importancia que tiene la demanda como mecanismo introductorio del proceso jurisdiccional, es preciso tener en cuenta que el ordenamiento jurídico ha establecido diversos requisitos para el cumplimiento del presupuesto procesal denominado "demanda en forma". De acuerdo con esto, no cualquier escrito denominado demanda pone en funcionamiento la jurisdicción, toda vez que se debe cumplir con los requisitos dispuestos por la normatividad para configurarla en debida forma.

Es así como, el Código Contencioso Administrativo reguló su contenido mínimo en los artículos 137 a 138 y, por tanto, para estructurarla de conformidad con las normas legales, es necesario acudir únicamente, a lo establecido en esas disposiciones.

Al respecto, debe tenerse en cuenta el artículo 137 y 138 del C.C.A, subrogado por el D.E. 2304/89, artículo 24, los cuales ordenan lo siguiente:

"ARTÍCULO 137. *Toda demanda ante la jurisdicción administrativa deberá dirigirse al tribunal competente y contendrá:*

(...)

2. Lo que se demanda.

ARTÍCULO 138. *(Modificado por el art. 24, Decreto Nacional 2304 de 1989)*
Cuando se demande la nulidad del acto se le debe individualizar con toda precisión.

Cuando se pretendan declaraciones o condenas diferentes de la declaración de nulidad de un acto, deberán enunciarse clara y separadamente en la demanda.

Si el acto definitivo fue objeto de recursos en la vía gubernativa, también deberán demandarse las decisiones que lo modifiquen o confirmen; pero si fue revocado, sólo procede demandar la última decisión.

Si se alega el silencio administrativo a la demanda deberán acompañarse las pruebas que lo demuestren.

Así las cosas, debe tenerse en cuenta que, para efectos de ejercer la acción consagrada en el artículo 85 del CCA., se hace necesario que, en primera



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
SALA DE DECISIÓN ESCRITURAL No. 002
SENTENCIA No. 11 /2017

SIGCMA

medida, se demanden de manera clara todos y cada uno de los actos administrativos que resolvieron favorable o desfavorablemente una situación concreta planteada por el peticionario.

Al respecto, el Consejo de Estado en sentencia del 18 de mayo de 2011, Exp. 1282-10, MP Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, expresó lo siguiente:

"... es claro que en todo caso debe demandarse el acto administrativo que contiene la manifestación de voluntad de la administración frente a una situación jurídica particular, junto con aquellas decisiones que en vía gubernativa constituyan una unidad jurídica con el mismo, pues ello compone necesariamente la órbita de decisión del juez frente a una pretensión anulatoria, precisamente por la identidad y unidad de su contenido y de su efectos jurídicos, sin que pueda segmentarse bajo tales condiciones el análisis de legalidad. La inobservancia de lo expuesto vicia sustancialmente el contenido de la pretensión anulatoria en el marco de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho nulidad, lo que traduce en la configuración de la denominada proposición jurídica incompleta que impide el ejercicio de la capacidad jurídica del juez frente al litigio propuesto, tomando precedente la declaración inhibitoria al respecto. A nivel del petitum la situación en mención se suscita en dos casos de ocurrencia alternativa o sumada a saber: i) Cuando el acto acusado torna lógicamente imposible la decisión de fondo debido a una irreparable ruptura de su relación con la causa petendi, o ii) Cuando el acto demandado no es autónomo por encontrarse en una inescindible relación de dependencia con otro u otros no impugnados que determinan su contenido, validez o su eficacia, eventos en los que como se expresó resulta imposible emitir una decisión de fondo para el Juez."

Atendiendo las anteriores consideraciones, tenemos que en el caso que hoy ocupa nuestra atención, el apoderado de la parte demandante orienta sus pretensiones a obtener la nulidad del acto administrativo contenido en la Resolución 2325 del 3 de febrero de 1993, por medio de la cual se reconoció a la señora JUDITH ARTUZ DE ALMANZA (q.e.p.d.), la sustitución de pensión mensual vitalicia del señor SIMÓN ALMANZA CASTILLO, (q.e.p.d.), en un 50% (acto visible folios 9-11).

Ahora bien, de los hechos de la demanda, y de la verificación de las pruebas, se tiene que la señora ANA TERESA BARRIOS ARRIETA presentó ante el DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR, **el 2 de septiembre de 2011**, una petición encaminada a obtener la revocatoria directa de la Resolución 2325 de 1993, para que se le reconozca como sustituta de la pensión vitalicia del señor SIMÓN ALMANZA⁶.

⁶ folio 17-19



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
SALA DE DECISIÓN ESCRITURAL No. 002
SENTENCIA No. 11 /2017

SIGCMA

Argumenta la actora, que la administración no le dio respuesta a su petición, por lo cual se configuró el silencio administrativo negativo.

Debe tenerse en cuenta, que el silencio administrativo negativo se encuentra regulado por los artículos 40 y 60 del CCA., los cuales disponen que:

“ARTÍCULO 40. *(Modificado por el art. 1, Decreto Nacional 2304 de 1989)* Silencio negativo. Transcurrido un plazo de tres meses contados a partir de la presentación de una petición sin que se haya notificado decisión que la resuelva, se entenderá que ésta es negativa.

La ocurrencia del silencio administrativo negativo no eximirá de responsabilidad a las autoridades ni las excusará del deber de decidir sobre la petición inicial, salvo que el interesado haya hecho uso de los recursos de la vía gubernativa con fundamento en él, contra el acto presunto.

ARTÍCULO 60. *(Modificado por el art. 7, Decreto Nacional 2304 de 1989)* Transcurrido un plazo de dos (2) meses contado a partir de la interposición de los recursos de reposición o apelación sin que se haya notificado decisión expresa sobre ellos, se entenderá que la decisión es negativa. El plazo mencionado se interrumpirá mientras dure la práctica de pruebas.

La ocurrencia del silencio administrativo negativo previsto en el inciso 1º no exime a la autoridad de responsabilidad; ni le impide resolver mientras no se haya acudido ante la jurisdicción en lo contencioso administrativo.

Teniendo en cuenta lo anterior, la administración contaba con un término de 3 meses para pronunciarse respecto de la petición de la accionante, plazo que, para este caso en concreto, **venció el 2 de diciembre de 2011**, configurándose con ello el silencio negativo al que se hizo referencia. Bajo ese entendido y atendiendo a que la decisión ficta negativa del DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR no es susceptible de recurso de apelación, la señora ANA TERESA BARRIOS ARRIETA se encontraba avalada para iniciar los trámites tendientes a obtener el reconocimiento de sus pretensiones por medios judiciales.

Así las cosas, se verifica que a folio 21 del expediente, la constancia de agotamiento del requisito de conciliación prejudicial, en la que se da cuenta de que la hoy actora, presentó petición de conciliación ante la Procuraduría 22 Judicial II Delegada ante el Tribunal Administrativo de Bolívar, el 7 de diciembre de 2011 y que la audiencia respectiva se desarrolló el 20 de febrero de 2012, sin que las partes llegaran a un acuerdo, por lo cual se declaró fallida.

Por lo expuesto, se tiene que la señora ANA TERESA BARRIOS ARRIETA presentó formalmente la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho el día 29 de mayo de 2012, solicitando únicamente que se declare la nulidad de la Resolución 2325 del 3 de febrero de 1993, pero sin hacer ninguna mención



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
SALA DE DECISIÓN ESCRITURAL No. 002
SENTENCIA No. 11 /2017

SIGCMA

frente al acto ficto que le negó su pretensión de obtener la sustitución de la pensión del señor SIMÓN ALMANZA⁷.

Una vez notificada la demanda, encuentra esta Corporación que la defensa de la entidad demandada, DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR – FONDO TERRITORIAL DE PENSIONES – manifiesta que a la petición de la actora sí se le dio respuesta por medio de la Resolución No. 32 del 20 de febrero de 2012, y que por lo tanto no existe el llamado acto ficto⁸. La resolución en mención fue aportada al proceso a folio 92-93.

En ese sentido, debe tenerse en cuenta que, el hecho de que la administración no haya contestado el derecho de petición de la señora ANA TERESA BARRIOS dentro de los 3 meses siguientes a su presentación, no quiere significar que el DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR haya perdido competencia para pronunciarse sobre tal solicitud, hasta tanto no se haya notificado el auto admisorio de la demanda. Así lo ha expuesto el H. consejo de Estado en sentencia del 9 de febrero de 2009:

“De la normatividad en cita se puede concluir que la competencia de la Administración para resolver la petición inicial sólo se pierde cuando el administrado, una vez configurado el silencio administrativo por el transcurso de los tres meses, acude ante la Jurisdicción para lograr la nulidad del acto ficto negativo.

En sentencia de 15 de junio de 2006, Rad. No. 8406-05, M.P. Dr. Jesús María Lemos, aclaró que cuando la administración profiere acto expreso negando la petición inicial no puede someterse al administrado a corregir la demanda para demandar dicho acto sino que se entenderá que la entidad perdió su competencia a partir del momento de interposición de la demanda.

Teniendo en cuenta que en este caso la Administración se pronunció respecto de la petición inicial reconociendo el derecho reclamado debe entenderse que lo hizo cuando aún conservaba la competencia para decidir pues el acto, Resolución No. 3402 de 30 de diciembre de 2002, le fue notificado a la demandante el 11 de febrero de 2003 (fl. 68), es decir, antes del auto admisorio de la demanda proferido el 18 de marzo de 2003 (fl. 53). En este orden de ideas el proceso instaurado por la demandante con el fin de obtener el reconocimiento de su pensión de retiro por vejez resulta inútil pues el mismo se dio mucho antes del auto admisorio de la demanda”⁹.

Aplicando lo anterior al caso concreto, se encuentra que, el DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR emitió un pronunciamiento negativo frente a la petición de

⁷ Acápite de “declaraciones y condenas”, folio 2 c/no 1

⁸ Folio 67-68

⁹ Sentencia del 12 de febrero de 2009. MP: BERTHA LUCIA RAMÍREZ DE PÁEZ. Radicación número: 88001-23-31-000-200-100089-02(4410-05)



sustitución pensional de la actora, mediante **Resolución 32 del 20 de febrero de 2012**, y que la demanda en comento fue presentada el **29 de mayo de la misma anualidad**, es decir, en fecha posterior a la expedición del acto administrativo concreto que definió la situación jurídica de la demandante frente a su solicitud. La anterior resolución, fue notificada por medio de edicto fijado entre el 13 y el 28 de marzo de 2012 (fl. 81).

También advierte este Tribunal que, posterior a la contestación de la entidad accionada (que se dio el 11 de abril de 2014)¹⁰, y encontrándose aportada la Resolución 032 de 2012 al proceso, en el folio 92-93 del expediente, el apoderado de la parte actora presenta una reforma de la demanda (fl. 129-132), el 19 de mayo de 2014, en la que solo se limita a aportar nuevas pruebas al plenario, sin hacer ninguna mención sobre el acto administrativo 032 de 2012 aportado por el Departamento de Bolívar.

Según lo que hasta ahora se ha analizado, la parte actora en este caso tenía la obligación de demandar todos los actos administrativos en los que se le resolviera las peticiones por ella elevada y que atañen a la misma. En ese sentido, no era posible que la señora ANA TERESA BARRIOS demandada única y exclusivamente la Resolución 2325 de 1993, que le reconoció la sustitución pensional a la señora JUDITH ARTUZ DE ALMANZA, sino que, también tenía la necesidad de demandar ya sea el acto ficto que le negó su petición de sustitución, en caso de que no se hubiera proferido una respuesta concreta, o, el acto administrativo contentivo de la respuesta correspondiente, que para este evento, debía ser la Resolución 032 de 2012, la cual reposaba en el expediente, y fue pasado por alto por los interesados.

Ahora bien, sobre este tipo de situaciones se ha pronunciado el H. Consejo de Estado, exponiendo que, el juez del asunto tiene el deber de interpretar la demanda integralmente, de tal forma que, en aquellos casos en los que se pueda identificar de manera clara cuáles son los actos administrativos que se pretenden demandar, no se declare la inepta demanda, sino que en virtud del principio de prevalencia del derecho sustancial sobre el formal, se le imprima al proceso el trámite correspondiente y se decidan de fondo las pretensiones.

En ese orden de ideas, la sentencia del 14 de mayo de 2009, ha expuesto:

"El precepto en mención, subrogado por el artículo 24 del Decreto 2304 de 1989, establece ad pedem literae lo siguiente: Artículo 138 del C. C. A.- Individualización de las Pretensiones (...) El inciso primero del artículo que se acaba de transcribir, señala con claridad que "Cuando se demande la

¹⁰ Folio 75



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
SALA DE DECISIÓN ESCRITURAL No. 002
SENTENCIA No. 11 /2017

SIGCMA

nulidad del acto se le debe individualizar con toda precisión", lo cual significa que en el libelo debe aparecer exactamente determinado el acto administrativo contra el cual se dirige la demanda, y más concretamente, debe especificar cuáles son el artículo o artículos cuya legalidad se pretende infirmar (...) En opinión de la Sala, la inferencia realizada por el Tribunal fue la correcta, pues la simple lectura de los hechos 18, 20 y 22 del escrito genitor del proceso, permite entender que los actos cuya legalidad se controvierte son ciertamente las Resoluciones 1069 del 23 de diciembre de 2004 y 0022 del 13 de enero de 2005, proferidas ambas por el Alcalde de Medellín, mediante los cuales se determinó el monto de la indemnización expropiatoria, respecto del cual gira la presente contienda procesal. En ese orden de ideas, es oportuno traer a colación que dentro del propósito de garantizar la prevalencia del derecho sustancial, el juzgador está llamado a interpretar y analizar el texto completo de la demanda presentada, a fin de establecer si se reúnen o no los presupuestos exigidos por la ley procesal para la viabilidad de la acción ejercida. Por lo anterior, la Sala considera que en el presente caso no se configura la ineptitud de la demanda por falta del presupuesto procesal ya señalado, es decir, por no haberse indicado de manera expresa cuáles son los actos cuya nulidad parcial se pretende, pues su identificación se hace posible sin mayor dificultad, después de revisar ese escrito en forma sistemática. Por lo mismo, los defectos invocados por el apoderado del Municipio de Medellín no tienen ni la entidad ni la gravedad suficientes como para que se profiera en este caso una decisión inhibitoria con respecto a las pretensiones formuladas. Si bien es cierto que la individualización de los actos demandados es una exigencia consagrada por la ley procesal, no lo es menos que su identificación no reviste en este caso ninguna complejidad. Además de ello ha de tenerse en cuenta que de conformidad con lo dispuesto por el artículo 228 de la Carta Política de 1991, en las actuaciones de la justicia debe prevalecer el derecho sustancial, a lo cual se suma el principio hermenéutico consagrado en el artículo 4º del Código de Procedimiento Civil, en donde se establece que "...el objeto de los procedimientos es la efectividad de los derechos reconocidos por la ley sustancial. El texto del memorial con el cual se inicia el proceso, si bien debe ajustarse a determinados parámetros y requisitos de naturaleza formal y estructurarse de tal manera que se concreten con precisión y claridad las pretensiones, no puede examinarse con un criterio inflexible o con severidad desmedida, cuando sea posible desentrañar y conocer su verdadera naturaleza e intención jurídica. Además de lo anterior, debe tenerse en cuenta que la labor de interpretación de la demanda no es una mera potestad sino una obligación (...)"¹¹

¹¹ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN PRIMERA. Consejero ponente: RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT PIANETA. Bogotá, D.C., catorce (14) de mayo de dos mil nueve (2009). Radicación número: 05001-23-31-000-2005-03509-01



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
SALA DE DECISIÓN ESCRITURAL No. 002
SENTENCIA No. 11 /2017

SIGCMA

De igual manera, en el año 2015, la Sección Segunda del Alto Tribunal Contencioso Administrativo determinó que:

"Al respecto observa la Sala que el a quo se declaró inhibido para pronunciarse sobre el fondo del asunto, bajo el entendido de que el señor Jorge Adrián Muñoz Hoyos no cuestionó las Actas proferidas por la Junta Médica Laboral y el Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía, porque si bien son actos preparatorios, lo cierto es que hacen parte integral de la Resolución 29803 de 10 de septiembre de 2003, la cual reconoció la indemnización respectiva. (...)

(...) No obstante, debe tenerse en cuenta que es la armonización de los requisitos formales de la demanda con el derecho al acceso a la administración de justicia, consagrado en el artículo 229 de la Constitución Política, sumado al principio de la prevalencia de lo sustancial frente a lo formal (art. 228 ibídem), con el principio hermenéutico consagrado en el artículo 4º del Código de Procedimiento Civil, lo que debe primar en todos los casos como el sub lite, por cuanto no se puede desconocer que finalmente se cuestionó el último acto administrativo, este es, la Resolución 29803 de 10 de septiembre de 2003, por medio del cual el Jefe de Desarrollo Humano del Ejército Nacional, teniendo en cuenta justamente las Actas de la Junta Médica y el Tribunal Médico Laboral, le reconoció una indemnización al señor Jorge Adrián Muñoz Hoyos.

A la altura de lo enunciado la Sala debe reiterar lo que ha considerado en múltiples fallos, en el sentido de que el juez debe integrar e interpretar la demanda de forma tal que supere los meros formalismos y llegue a impartir justicia, de fondo y sin dilaciones. Adicionalmente se observa un descuido por parte del a quo al revisar la demanda para su admisión, ya que en caso de que se hubiese dado cuenta de la falta de enunciación de la totalidad de los actos acusados, debió señalar dicho defecto para que la demandante lo corrigiese, conforme al artículo 143 del Código Contencioso Administrativo.

Es más, el artículo 37, numeral 4º del Código de Procedimiento Civil, señaló de manera perentoria como deber del Juez, el evitar providencias inhibitorias, que para el caso que nos ocupa ha sido incumplido, pues se reitera, el a quo no sólo omitió revisar la demanda al momento de admitirla, sino que no tomó las medidas necesarias que la ley le otorga, como exhortar a la parte demandante para que acusara la totalidad de los actos administrativos so pena de rechazo, con el fin de evitar un fallo inhibitorio. En ese orden de ideas, es obligación del juez revisar la existencia de una demanda en forma, de manera que no resulte razonable el fallo inhibitorio



luego de tramitado el proceso, porque esta actuación soslaya los derechos de los administrados de obtener un pronunciamiento de mérito"¹².

De acuerdo con lo expresado por la Corporación de cierre, el juez no debe proceder a declararse inhibido para conocer de un asunto, cuando se ha advertido la indebida individualización de los actos demandados, toda vez que, en primera medida, dicha falencia debió ser observada en la admisión de la demanda para que el interesado lo corrigiera, so pena del rechazo de sus pretensiones; y segundo, porque debe dársele prevalencia al derecho sustancial sobre el formal, en cuanto al análisis integral de la demanda, para determinar cuáles son los actos demandados.

En este caso, se tiene que la señora ANA TERESA BARRIOS demandó exclusivamente la Resolución 2325 de 1993, y no se pronunció en las pretensiones, sobre el "acto ficto" que le negó las solicitudes presentadas el 2 de septiembre de 2011, y mucho menos, demandó la Resolución 032 de 2012 en la cual expresamente se le negó el derecho a la sustitución pensional; sin embargo, de la lectura de la demanda, se infiere que se pretende también la nulidad del mentado acto ficto, por lo cual esta Corporación sería competente para pronunciarse sobre el mismo.

Así las cosas, como quiera que no hay lugar a declarar la ineptitud de la demanda, se procederá con el siguiente interrogante a definir, y es determinar si la señora ANA TERESA BARRIOS le asiste derechos para obtener la sustitución pensional del señor SIMÓN ALMANZA CASTILLO

5.4. Problema jurídico.

Teniendo en cuenta lo expuesto, a efectos de resolver el presente caso, la Sala deberá analizar los siguientes interrogantes:

(i) En el evento en que no se encuentre probada la excepción de inepta demanda por indebida individualización de los actos demandados, deberá esta judicatura determinar si ¿le asiste derecho a la señora ANA TERESA BARRIOS ARRIETA para acceder a la sustitución pensional del finado SIMÓN ALMANZA CASTILLO (q.e.p.d.)?

(ii) Adicionalmente, deberá establecerse si ¿existe prescripción trienal de las mesadas causadas con anterioridad a la petición de sustitución pensional?

¹² CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN B. Consejera Ponente: Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez. Ref: Expediente 190012331000200400062 01. Núm. interno: 0987-2012.



5.5. Tesis de la Sala

Para la Sala, se tiene que si bien la señora ANA TERESA BARRIOS ARRIETA demuestra en el plenario haber tenido la condición de compañera permanente del pensionado SIMÓN ALMANZA CASTILLO, hasta el 13 de agosto de 1992, cuando éste último falleció, lo cierto es que la legislación vigente para esa fecha reconocía dicho derecho de manera prevalente a la cónyuge supérstite, sobre la compañera permanente; y solo en el evento de que el causante no tuviera una cónyuge (ya fuera porque murió o por divorcio) se le reconocía el derecho a ésta última.

Es decir, para la fecha en la cual se consolidó el derecho de sustitución pensional, existía una persona con mejor derecho para reclamar la misma, y con base en dicha normatividad la administración profirió la Resolución 2325 de 1993; por lo cual, no puede la accionante, en este momento, solicitar que se le apliquen, de manera retroactiva, leyes creadas con posterioridad a la fecha en la que se consolidó el derecho de sustitución, por el hecho de que le sean más favorables.

El Tribunal no se pronunciará sobre la prescripción de las mesadas pensionales, como quiera que no hay lugar a ello.

La anterior tesis se sustenta en los argumentos que se exponen a continuación y para solventar el mérito del sub examine, se hará alusión a los temas alegados en el proceso, a saber: (i) Marco normativo y jurisprudencial de la sustitución pensional, (ii) caso concreto; (iii) conclusión.

5.6. Los Actos administrativos demandados.

A través del contencioso subjetivo previsto en el art. 85 del C.C.A., la señora ANA TERESA BARRIOS ARRIETA reclama la declaratoria de nulidad del siguiente acto administrativo:

- Resolución No. 2325 del 8 de febrero de 1993, proferida por la Gobernación de Bolívar por medio de la cual se reconoció a la señora JUDITH ARTUZ DE ALMANZA, identificada con cedula No. 22.758.953, la sustitución de pensión mensual vitalicia en un 50% y en KATIA MARGARITA, YENNY MARGARITA, YESSICA MARÍA, RAQUEL y GREGORIO ALMANZA BARRIOS e IRINA ALMANZA ARTUZ en el 50% restante.



- Resolución 032 del 20 de febrero de 2012, por medio de la cual se le negó a la señora ANA TERESA BARRIOS ARRIETA, la solicitud de sustitución pensional del señor SIMÓN ALMANZA.

5.7. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

5.7.1 De la sustitución pensional

La Constitución Política de 1991 estableció un marco jurídico constitucional que reconoce y protege tanto a la familia formada por vínculos legales (matrimonio) como a la natural que se da por la convivencia de la pareja, con lo cual operó un cambio respecto del régimen anterior que daba especial protección a la familia surgida del vínculo matrimonial, así como a sus integrantes.

Además, en desarrollo de otros principios constitucionales, tales como el de la igualdad, se han propuesto también tratamientos igualitarios frente a normas legales que establecen diferente trato para el cónyuge o el compañero (a) en caso de fallecimiento del pensionado.

En este orden de ideas, a la luz de los artículos 5, 13, 42 y 48 de la Carta Política de 1991, los derechos que se desprenden del derecho constitucional a la seguridad social comprenden de la misma manera tanto al cónyuge como al compañero(a) permanente, en desarrollo del principio constitucional de la igualdad frente a las familias unidas por vínculos jurídicos o naturales.

Así las cosas, cuando se presenta conflicto frente a quien debe entrar a sustituir un derecho pensional, este derecho queda sujeto a la comprobación material de la situación afectiva y de convivencia del causante al momento de su muerte, respecto de su cónyuge y/o compañera permanente, siendo necesario para concluir ese mejor derecho a sustituir al beneficiario de la pensión, demostrar la existencia de factores tales como, el auxilio o apoyo mutuo, la convivencia efectiva, la comprensión y la vida en común al momento de la muerte del pensionado, como legitimadores del derecho reclamado.

En lo que respecta a la normatividad respecto de los derechos pensionales y la posibilidad de sustituir los mismos, este Tribunal encuentra que, la Ley 6ª de 1945, en su artículo 17, establece que todos los empleados y obreros nacionales de carácter permanente tienen las siguientes prestaciones: "*b) Pensión vitalicia de jubilación, cuando el empleado u obrero haya llegado a cincuenta (50) años de edad, después de veinte (20) años de servicio continuo o discontinuo...*"



Esta disposición fue modificada por la Ley 33 de 1985 que en su artículo primero dispuso: "El empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco (55) años tendrá derecho a que por la respectiva Caja de Previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicios."

Ahora bien, frente a la posibilidad de sustituir la pensión de jubilación, es importante tener en cuenta lo establecido en el artículo 39 del Decreto Ley 3135 de 1968, dispuso:

"Artículo 39. Al fallecimiento de un empleado público o trabajador oficial con derecho a pensión de jubilación, sus beneficiarios en el orden y porción señalados en el Artículo 34, tienen derecho a recibir de la respectiva entidad de previsión la pensión que le hubiera correspondido durante dos (2) años, sin perjuicio de las prestaciones anteriores"

Con consonancia con lo anterior, el art. 92 del decreto 1848 de 1969, "Por el cual se reglamenta el Decreto 3135 de 1968" estableció:

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

Posteriormente, estas disposiciones fueron modificadas por el artículo 19 del Decreto 434 de 1971, que aumentó el término por el cual la cónyuge y los hijos menores o incapacitados podrían disfrutar de la pensión del causante; al respecto la citada norma estableció lo siguiente:

"Fallecido un empleado público o trabajador oficial jubilado o con derecho a pensión de jubilación, su cónyuge y sus hijos menores de 18 años o incapacitados para trabajar por razón de sus estudios o invalidez y que dependieren económicamente del causante, tendrán derecho a percibir entre todos, según las reglas del artículo 275 del Código Sustantivo del Trabajo, la respectiva pensión durante los cinco (5) años subsiguientes".

Finalmente, el artículo 1º de la Ley 33 de 1973 estableció: "Fallecido un trabajador particular pensionado o con derecho a pensión de jubilación, invalidez vejez, o un empleado o trabajador del sector público, sea este oficial o semioficial con el mismo derecho, su viuda podrá reclamar la respectiva pensión en forma vitalicia (...)"



Debe tenerse en cuenta, que hasta ahora, las normas citadas solo hacen referencia al reconocimiento de pensión sustitutiva en favor de la cónyuge y los hijos menores o discapacitados del causante, pues para la fecha no se contemplaba la posibilidad de que la compañera permanente del pensionado fallecido tuviera algún derecho a percibir la pensión de jubilación de éste.

La primera variación importante en este tema, se dio a mediados de la década de los 70, cuando se promulgó la **Ley 12 de 1975**, "*Por la cual se dictan algunas disposiciones, sobre régimen de pensiones de jubilación*", que comenzó a reducir las antiguas distinciones entre cónyuge y compañera permanente. En efecto, el artículo 1º de esta norma consagraba que "*El cónyuge supérstite, o la compañera permanente, de un trabajador (...) tendrán derecho a la pensión de jubilación del otro cónyuge si ese falleciere antes de cumplir la edad cronológica para esta prestación, pero que hubiere completado el tiempo de servicio consagrado para ella en la Ley o en convenciones colectivas*". Ahora bien, la interpretación literal de la norma anterior, llevaba a los operadores a la conclusión de que el derecho de sustitución se adquiría cuando el trabajador muerto no se hubiera jubilado aún; sin embargo, esto fue aclarado por medio de la **Ley 113 de 1985**, en cuyo parágrafo 1º del artículo 1º, contempló que, el derecho de la sustitución pensional procedería "*(...) tanto cuando el trabajador fallecido estaba pensionado como cuando había adquirido el derecho a la pensión*".

Por su parte, la **Ley 71 de 1988** "*por medio de la cual se expidieron normas sobre pensiones*", extendió las previsiones sobre sustitución pensional de forma vitalicia al compañero o compañera permanente, a los hijos menores o inválidos y a los padres o hermanos inválidos que dependen económicamente del pensionado. Igualmente en su artículo 7º se dispuso que los empleados oficiales y trabajadores que acrediten veinte (20) años de aportes realizados en cualquier tiempo y acumulados en una o varias de las entidades de previsión social y el ISS tendrán derecho a la pensión de jubilación, siempre que cumplan sesenta (60) años de edad si es varón y cincuenta y cinco (55) si es mujer.

Debe tenerse en cuenta entonces, que la Ley 71 de 1988 recogió los derechos en materia de sustituciones pensionales en favor de los afiliados de cualquier naturaleza de las Entidades de Previsión Social del Sector Público en todos sus niveles y en el artículo 3º extendió las previsiones sobre sustitución pensional de las Leyes 33 de 1973, 12 de 1975, 44 de 1980 y 113 de 1985, en forma vitalicia al cónyuge supérstite, al compañero o compañera permanente, a los hijos menores o inválidos y a los padres o hermanos inválidos que dependan económicamente del pensionado fallecido.



Ahora bien, en cuanto a la procedencia de la sustitución pensional, el Decreto 1160 de 1989 reglamentario de la Ley 71 de 1988, el que establece los casos en que resulta procedente la sustitución del derecho pensional, así como los beneficiarios de la misma, la cuantía y porcentaje correspondiente de acuerdo al orden sucesoral, así como la forma de probar la calidad bajo la cual se acude, a saber:

Artículo 5°.- *Sustitución pensional. Hay sustitución pensional en los siguientes casos:*

a) **Cuando fallece una persona pensionada o con derecho a pensión de jubilación, invalidez o vejez:**

b) *Cuando fallece un trabajador particular o un empleado o trabajador del sector público después de haber completado el tiempo de servicios requerido por la ley, convenciones o pactos colectivos para adquirir el derecho a la pensión de jubilación.*

Artículo 6°.- *Beneficiarios de la sustitución pensional. Extiéndense las previsiones sobre sustitución pensional:*

1. En forma vitalicia al cónyuge sobreviviente y, a falta de éste, al compañero o a la compañera permanente del causante.

Se entiende que falta el cónyuge:

a) **Por muerte real o presunta;**

b) **Por nulidad del matrimonio civil o eclesiástico;**

c) **Por divorcio del matrimonio civil.**

2. *A los hijos menores de 18 años, inválidos de cualquier edad y estudiantes de 18 años o más de edad, que dependan económicamente del causante, mientras subsistan las condiciones de minoría de edad, invalidez o estudios.*

3. *A falta de cónyuge, compañero o compañera permanente o hijos con derecho, en forma vitalicia a los padres legítimos, naturales o adoptantes del causante, que dependan económicamente de éste.*

4. *A falta de cónyuge, compañero o compañera permanente hijos y padres con derecho, a los hermanos inválidos que dependan económicamente del causante hasta cuando cese la invalidez.*

Parágrafo- *Los órdenes de sustitución consagrados en el presente artículo, se aplicarán a la pensión especial establecida en el artículo 1o. de la Ley 126 de 1985 en favor de los beneficiarios de los funcionarios o empleados de la Rama Jurisdiccional y del Ministerio Público, conforme al artículo 4 de la Ley 71 de 1988. (...)*



Artículo 8°.- Distribución entre beneficiarios de la sustitución pensional. La sustitución pensional se distribuirá entre los beneficiarios así:

1. El 50% para el cónyuge sobreviviente o compañero o compañera permanente del causante y el otro 50% para los hijos de éste, distribuido por partes iguales.

(...)

Parágrafo- Cuando falte alguno de los beneficiarios del respectivo orden por extinción o pérdida del derecho, la parte de su pensión acrecerá a la de los demás en forma proporcional.

Con posterioridad a la expedición de la Constitución de 1991, la seguridad social y en especial, la sustitución pensional, fue regulada en el artículo 47¹³ de la Ley 100 de 1993, modificados por la Ley 797 de 2003 que disponen:

“ARTICULO. 47.- Beneficiarios de la pensión de sobrevivientes. Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:

a) En forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite.

En caso de que la pensión de sobrevivencia se cause por muerte del pensionado, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite, deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante **por lo menos desde el momento en que éste cumplió con los requisitos para tener derecho a una pensión de vejez o invalidez** hasta su muerte, y haya convivido con el fallecido no menos de dos (2) años continuos con anterioridad a su muerte, salvo que haya procreado uno o más hijos con el pensionado fallecido

b) Los hijos menores de 18 años; los hijos mayores de 18 años y hasta los 25 años, incapacitados para trabajar por razón de sus estudios y si dependían económicamente del causante al momento de su muerte; y, los hijos inválidos si dependían económicamente del causante, mientras subsistan las condiciones de invalidez;

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

Debe destacarse en esta oportunidad, que las normas anteriormente transcritas, si bien reconocen el derecho de las compañeras permanentes para acceder a la sustitución pensional de sus compañeros fallecidos, solo admitía dicho derecho cuando había ausencia de cónyuge, lo quiere decir que el derecho estaba condicionado a la inexistencia de una persona con mejor derecho, que era la cónyuge. En otras palabras, no se reconocía la

¹³ Se regula también en el art. 74 de la misma Ley cuyo texto es similar al del art. 47.



calidad de la compañera permanente de una persona que a su vez, tuviera vigente un vínculo matrimonial con otra, pues en dicho evento, era ésta última quien se encontraba habilitada para reclamar la sustitución pensional.

Así las cosas, como quiera que las mencionadas leyes no previeron los casos en los que dos o más personas tuvieran derecho a la pensión de sobrevivientes por haber mantenido una relación marital con el fallecido, el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, reguló este tema, modificando que el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, en su artículo 13 estipuló, que en caso de presentarse convivencia simultánea entre cónyuge y compañera (o) permanente dentro de los cinco años previos al fallecimiento del causante, la pensión se le concederá al esposo (a).

En efecto, el artículo 13 de la Ley 797 de 2003 señaló:

"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 serán 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; (Texto subrayado declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional C-1035 de 2008, 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).

(...)

De igualmente, la Corte Constitucional en sentencia **C- 1035 de 2008** expuso:

"En estos términos, a pesar de que la Corte ha sostenido que el matrimonio y la unión marital de hecho son instituciones con especificidades propias y no plenamente asimilables, la jurisprudencia constitucional ha decantado que "los derechos conferidos a la familia que se conforma por cualquiera de las dos vías no son susceptibles de tratamiento diferencial cuando éste tiene como único fundamento su divergencia estructural" . Por este motivo, la Corte llega a la conclusión de que el trato preferencial que establece la expresión demandada no es constitucional.

10.2.6. En consecuencia, con el fin de eliminar la discriminación advertida y evitar un vacío en la regulación, la Corte considera que los argumentos expresados hasta el momento son suficientes para declarar la constitucionalidad condicionada de 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" contenida en el literal b del artículo 13 de la Ley 797 de 2003 que modificó el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, únicamente por los cargos analizados, en el entendido que además de la esposa o esposo, también es beneficiario de la pensión de sobrevivientes, el compañero o compañera permanente y dicha pensión se dividirá entre ellos (as) en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido".

De acuerdo con lo anterior, procede la Sala entonces al análisis de los requisitos que a la luz de la norma aplicable definirían el derecho sustitutivo que reclama la señora ANA TERESA BARRIOS ARRIETA, respecto del pensionado SIMÓN ALMANZA CASTILLO (q.e.p.d.).



5.8. Lo probado en el proceso y el caso concreto

Para efectos de solucionar el problema jurídico planteado, resulta esencial revisar los hechos demostrados en el expediente. En ese norte, se encuentra lo siguiente:

De acuerdo con lo expresado por las partes, el señor SIMÓN ALMANZA CASTILLO, se encontraba pensionado por el Fondo Territorial de Pensiones del Departamento de Bolívar, y falleció el 13 de agosto de 1992, conforme con el Registro Civil de Defunción visible a folio 15 del expediente.

Que el 10 de agosto de 1992, el señor SIMÓN ALMANZA CASTILLO, presentó ante el Secretario de Servicios Administrativos de la Gobernación de Bolívar, una solicitud en la cual, con fundamento en la Ley 44 de 1980¹⁴, designa como sus sucesores pensionales a la señora **ANA TERESA BARRIOS ARRIETA**, en calidad de compañera permanente, y a sus hijos: YESICA MARÍA ALMANZA BARRIOS, MARGARITA ALMANZA BARRIOS, ALBERTO ALMANZA BARRIOS, RAQUEL ALMANZA BARRIOS, YENIS MARGARITA ALMANZA BARRIOS¹⁵.

Que, mediante Resolución No. 2325 del 8 de octubre de 1993, se consideró que si bien el señor ALMANZA CASTILLO, había presentado el escrito de sustitución pensional, y que la señora ANA TERESA BARRIOS solicitó con escrito del 16 de diciembre de 1992 la sustitución pensional, pero que igual petición elevó la señora JUDITH ARTUZ DE ALMANZA, aduciendo mejor derecho, y aportando el registro civil de matrimonio con el señor Almanza Castillo; por lo que en la parte resolutive del referido acto administrativo se dispuso sustituir la pensión de jubilación que venía disfrutando el señor SIMÓN ALMANZA CASTILLO (Q.E.P.D.), en la señora JUDITH ARTUZ DE ALMANZA en un 50% y el otro 50% entre los hijos del fallecido, KATIA MARGARITA, YENNY MARGARITA, YESICA MARIA, RAQUEL y GREGORIO ALMANZA BARRIOS e IRINA ALMANZA ARTUZ (fl. 9-11).

¹⁴ La Ley 44 de 1980 dispuso, en su artículo 1º dispuso que: "**Artículo 1º.-** El pensionado oficial que desee facilitar el traspaso de su pensión en caso de muerte a su cónyuge, sus hijos menores o inválidos permanentes, deberá dirigir un memorial en tal sentido a la entidad pagadora, en la cual indique la Resolución que le reconoció la pensión y el nombre de aquél o aquellos, adjuntando las respectivas partidas de **matrimonio** y de nacimiento. (...). **Parágrafo.-** El hecho de que el pensionado no hubiera revocado antes de su fallecimiento el nombre de su cónyuge, establece en favor de éste la presunción legal de no haberse separado de él por su culpa. **Artículo 2º.-** Modificado por el art. 2, Ley 1204 de 2008. Fallecido el pensionado, los interesados en sustituirse en su pensión, deberán hacer la solicitud correspondiente de traspaso, adjuntando la partida de defunción de aquel y remitiéndose el memorial de traspaso hecho en vida por el pensionado, o adjuntando la copia que le fue entregada en el momento de presentarla.

¹⁵ Folio 16



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
SALA DE DECISIÓN ESCRITURAL No. 002
SENTENCIA No. 11 /2017

SIGCMA

Con escrito de fecha de recibido 2 de septiembre de 2011, la señora ANA TERESA BARRIOS ARRIETA, por intermedio de apoderado, solicitó, nuevamente, ante la Gobernación de Bolívar que se decretara la revocatoria del acto administrativo No. 2325 de 1993 y que, en consecuencia, se le reconociera como compañera permanente del señor SIMÓN ALMANZA CASTILLO (fls. 17-19).

El Gobernador de Bolívar, mediante Resolución 032 del 20 de febrero de 2012 (fl. 92-93), negó la solicitud de reconocimiento de sustitución pensional, considerando que, a la señora ANA TERESA BARRIOS no le asistía derecho, toda vez que la resolución 2325 de 1993 fue expedida conforme a las normas que regulaban la materia pensional para la fecha en la que FALLECIÓ EL SEÑOR ALMANZA, y además, para proceder con la revocatoria del acto en mención se necesitaba la autorización de la persona directamente afectada que era la señora JUDITH ARTUZ y no se tenía.

Ahora bien, en lo que se refiere a los medios de prueba para demostrar la convivencia marital, la ley no los establece ni los restringe; y según lo dicho por la Corte Constitucional, de acuerdo con una interpretación sistemática del ordenamiento jurídico, se permite cierta libertad probatoria, verificando la idoneidad en cada caso concreto¹⁶.

En el presente asunto, se advierte a folios 183 a 186, las declaraciones rendidas por los señores ARELIS RODRÍGUEZ CORTES y WILLIAM HERRERA BATISTA, en las que exponen que el señor SIMÓN ALMANZA CASTILLO, convivió con la señora ANA TERESA BARRIOS desde el año 1968, hasta la fecha del fallecimiento del primero en el año 1992, es decir, convivieron por 24 años, de manera ininterrumpida; que residían en el barrio Chiquinquirá de esta ciudad, desde esa fecha y que de la relación nacieron 6 hijos. Que el señor ALMANZA, se desempeñaba como profesor y se encontraba pensionado por el Departamento de Bolívar. Que el señor ALMANZA falleció como producto del cáncer y que siempre estuvo acompañado de la señora Barrios. Que conocen a la familia, aproximadamente desde la década de los 70 y 80, respectivamente.

Considera la Sala que con los medios probatorios aportados al proceso se tiene por demostrado que la señora ANA TERESA BARRIOS ARRIETA convivió bajo con el señor SIMÓN ALMANZA CASTILLO por un tiempo aproximado de 24 años de los cuales nacieron 6 hijos. Igualmente, se encuentra demostrado que cuando falleció el señor ALMANZA, quien se encontraba a su lado, en calidad de compañera permanente, era la señora ANA TERESA BARRIOS ARRIETA.

¹⁶ Sentencia T-921 de 2010, Corte Constitucional.



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
SALA DE DECISIÓN ESCRITURAL No. 002
SENTENCIA No. 11 /2017

SIGCMA

Teniendo en cuenta todo lo expuesto, se podría considerar que la accionante al haber demostrado ser la compañera permanente del señor ALMANZA, tenía derecho a ser, en parte, acreedora de la pensión de este último; sin embargo, se observa que, para la fecha de los hechos existía una persona que ostentaba un mejor derecho para reclamar el 50% de la pensión del fallecido. En efecto, la señora JUDITH ARTUZ, quien, al parecer demostró ante la administración, ser la cónyuge supérstite del señor ALMANZA CASTILLO¹⁷, era quien, de acuerdo con la Ley 71 de 1988 y el Decreto 1160 de 1989, tenía el derecho de ser reconocida como la beneficiaria de la pensión de sobreviviente en cita, excluyendo completamente la posibilidad de la señora ANA TERESA BARRIOS de acceder a la misma, pues la causal en la que la hoy actora fundamenta sus pedimentos solamente se creó a partir de la Ley 797 de 2003, que reformó a la Ley 100 de 1993.

En ese orden de ideas, se es evidente para la Sala que lo que pretende la demandante es la aplicación retroactiva de la Ley 100 de 1993 y la Ley 797 de 2003, puesto que las mismas favorecen sus pretensiones.

Frente a lo anterior, esta Corporación estima que tal normativa no le es aplicable al caso bajo estudio, toda vez que la Ley 100 de 1993 entró en vigencia el **1° de abril de 1994** (artículo 151), y la Ley que reglamenta la sustitución pensional en caso de simultaneidad de convivencia (Ley 797), fue proferida en el 2003, es decir, con normas posteriores al fallecimiento del señor ALMANZA CASTILLO, el cual ocurrió el 13 de agosto de 1992), lo que lleva a afirmar que la aplicación del régimen general de pensiones, iría en contravía del principio de irretroactividad de la ley, derivado de la Ley 153 de 1887.

Sobre el particular, conviene precisar que la ley sustancial, por regla general, tiene la virtud de entrar a regir las situaciones que se produzcan a partir de su vigencia, pues aún no se encuentran consolidadas y, sólo por excepción, rigen de manera retroactiva; sin embargo, para que ello ocurra, el contenido de la ley debe precisar lo pertinente, lo que no sucede en el caso de la Ley 100 de 1993 y la Ley 797 de 2003.

En este punto, se estima necesario recordar que mediante sentencia de 25 de abril de 2013¹⁸, la Sección Segunda del Consejo de Estado con ponencia del Dr. Luis Rafael Vergara Quintero, rectificó la posición adoptada en sentencias de 29 de abril de 2010¹⁹ y noviembre 1° de 2012²⁰, en los cuales se aplicó la Ley

¹⁷ Hecho que es reconocido por la parte demandante.

¹⁸ Consejo de Estado, Sección Segunda; Sentencia de 25 de abril de 2013, exp. 76001-23-31-000-2007-01611-01 (1605-09), M.P. Dr. Luis Rafael Vergara Quintero.

¹⁹ Radicación N° 25000-23-25-000-2007-00832-01 (0548-09) M.P. M.P. Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

²⁰ Radicación N° 13001-23-31-000-2005-02358-01 (0682-11) M.P. Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila.



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
SALA DE DECISIÓN ESCRITURAL No. 002
SENTENCIA No. 11 /2017

SIGCMA

100 de 1993 para casos en los que se reclamaba la pensión de sobrevivientes por hechos ocurridos con anterioridad a su vigencia; concluyendo que no era posible efectuar un reconocimiento pensional en tales eventos porque ello contrariaba el principio de irretroactividad de la ley. Además indicó que la ley que gobierna el reconocimiento de la pensión de beneficiarios es la vigente al momento del fallecimiento del causante.

En tal pronunciamiento el Consejo de Estado expresó:

*“La jurisprudencia de esta Corporación ha considerado que en circunstancias especiales, cuando un régimen pensional especial no satisface las mínimas garantías que sí satisface el régimen general y cuando éste resulta más favorable que el especial, debe preferirse su aplicación; **no obstante, es necesario tener en cuenta que la ley favorable que se debe aplicar es la que esté vigente al momento en que se habría causado el derecho.**”*

El derecho a la pensión de sobrevivientes se causa al momento del fallecimiento del pensionado, es decir, en el caso analizado las normas que gobiernan la pensión de sobrevivientes que hubiera podido surgir con ocasión del fallecimiento del señor Jaime Reyes son las que estaban vigentes el 19 de octubre de 1985, pues fue durante su vigencia cuando se produjo el deceso y por tanto, cuando se pudo consolidar el presunto derecho reclamado.

La Ley 100 de 1993, que consagra el derecho pensional de sobrevivientes solicitado por la accionante, entró en vigencia el 1º de abril de 1994, de conformidad con lo previsto en su artículo 151 (...) Es decir, no estaba en vigencia al momento del fallecimiento del causante, razón por la cual no puede aplicarse para resolver la situación pensional aquí reclamada.

*Para la Sala es evidente que lo que pretende la demandante es la aplicación retroactiva de la Ley 100 de 1993, pues considera que le es benéfica y favorece sus pretensiones; no obstante, los derechos prestacionales derivados de la muerte del señor Reyes se consolidaron a la luz de las normas vigentes al momento de su fallecimiento, lo que lleva a afirmar que no es viable la aplicación de la ley que se pretende, toda vez que ello iría en contravía del principio de irretroactividad de la ley, derivado de la Ley 153 de 1887.
(...)*

En las anteriores condiciones, la demandante no tiene derecho a acceder al derecho pensional consagrado en los artículos 46 a 48 de la Ley 100 de 1993, toda vez que los derechos prestacionales causados con la muerte de su cónyuge se consolidaron en vigencia de la normatividad anterior, la que exigía el requisito de tener 15 años o más de servicio activo y, como no cumplió ese requisito, no era viable su reconocimiento.

Con los argumentos expuestos en forma antecedente, la Sala rectifica la posición adoptada en sentencias de abril 29 de 2010 y noviembre 1º de 2012, en las que, en materia de sustitución pensional se aplicó una ley nueva o



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
SALA DE DECISIÓN ESCRITURAL No. 002
SENTENCIA No. 11 /2017

SIGCMA

posterior a hechos acaecidos antes de su vigencia, en ejercicio de la retrospectividad de la ley, precisando que no hay lugar a la aplicación de la figura, toda vez que la ley que gobierna el reconocimiento de la pensión de beneficiarios es la vigente al momento del fallecimiento del causante y no una posterior." (Subrayadas dentro del texto).

De la norma en cita, se desprende que si bien hubo un tiempo en que la jurisprudencia contenciosa administrativa, invocaba el criterio de retrospectividad, para aplicar la ley más favorable en temas de seguridad social, hoy en día, esa postura ha sido corregida, en el sentido que no es posible reclamar el derecho pensional de sobreviviente, de que trata el artículo 46 de la Ley 100 de 1993, cuando el deceso del afiliado o cotizante, se hubiese producido con anterioridad a la entrada en vigencia de dicha normativa, esto es, el 1º de abril de 1994, por lo tanto, no es procedente peticionar esa prestación, en las condiciones en la que dicha norma expone (con la inclusión de la reforma de la Ley 797 de 2003), con fundamento en la retrospectividad de la ley o condición más beneficiosa, como quiera que la ley que entra a aplicar al caso, es la vigente al momento de constituirse el derecho.

En este orden de ideas, se tiene que en el caso analizado, las normas que gobiernan la sustitución pensión que hubiera podido surgir con ocasión del fallecimiento del señor ALMANZA CASTILLO (Q.E.P.D), son las que estaban vigentes para el 13 de agosto de 1993, esto es el Decreto 1160 de 1989.

Así las cosas, se tiene que para el momento de la muerte del señor ALMANZA CASTILLO, se encontraba vigente el Decreto 1160 de 1989, régimen que establecía como que, uno de los beneficiarios de la Sustitución pensional, era quien ostentara la calidad de cónyuge sobreviviente, y a **falta de éste**, el compañero o a la compañera permanente del causante.

En ese sentido, se entendía que la falta de cónyuge hacía referencia a los siguientes eventos: a) muerte real o presunta del mismo; b) nulidad del matrimonio civil o eclesiástico; y, c) divorcio del matrimonio civil.

Ahora bien, en el caso bajo estudio las partes reconocieron que existía una persona con mejor derecho que la señora Barrios Arrieta para ostentar la calidad de sustituta de la pensión del señor SIMÓN ALMANSA CASTILLO, que era la cónyuge supérstite del mimos, la señora JUDITH ARTUZ.

En las anteriores condiciones, se tiene que los actos administrativos demandados están ajustados a las normas legales, y que, por lo tanto, la demandante no tiene derecho a acceder a la sustitución pensional



consagrado en los artículos 46 de la Ley 100 de 1993, reformada por la Ley 797 de 2003.

VI.- CONCLUSIÓN

En este orden de ideas, la respuesta a los interrogantes que se plantearon al inicio de las consideraciones son las siguientes:

Si bien la indebida individualización de los actos administrativos demandando da lugar a la existencia de inepta demanda, no puede procederse con su declaratoria cuando del análisis de la demanda es posible extraer cuales son las resoluciones que ataca la actora, ello, en aplicación del principio de primacía del derecho sustancial sobre el formal.

En cuanto a lo referente al fondo del asunto, se tiene que si bien la señora ANA TERESA BARRIOS ARRIETA demuestra en el plenario haber tenido la condición de compañera permanente del pensionado SIMÓN ALMANZA CASTILLO, hasta el 13 de agosto de 1992, cuando éste último falleció, lo cierto es que para esa fecha, que es cuando se consolidó el derecho a la sustitución pensional, la legislación vigente reconocía dicho derecho exclusivamente a la cónyuge supérstite, y solo en el evento de que el causante no tuviera una cónyuge (ya fuera porque murió o por divorcio) se le reconocía el derecho a la compañera permanente.

Es decir, para la fecha en la cual se consolidó el derecho de sustitución pensional, existía una persona con mejor derecho para reclamar la misma, y con base en dicha normatividad la administración profirió la Resolución 2325 de 1993; no pudiendo la accionante en este momento, solicitar que se le apliquen leyes creadas casi 10 años después, en el caso de la Ley 797 de 2003, por el solo hecho de que le resulten más beneficiosas.

En esa medida, como se demostró que no le asiste derecho a la accionante, no resulta necesario para este Tribunal adelantar el estudio de la prescripción de las mesadas pensionales.



VII.- COSTAS

Toda vez que no se evidencia temeridad, ni mala fe de las partes, la Sala se abstendrá de condenar en costas de conformidad con lo reglado en el artículo 171 del C.C.A., modificado por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998.

VIII.- DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Bolívar, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: NIEGANSE las pretensiones de la demanda presentada por la señora ANA TERESA BARRIOS ARRIETA en contra del DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR.

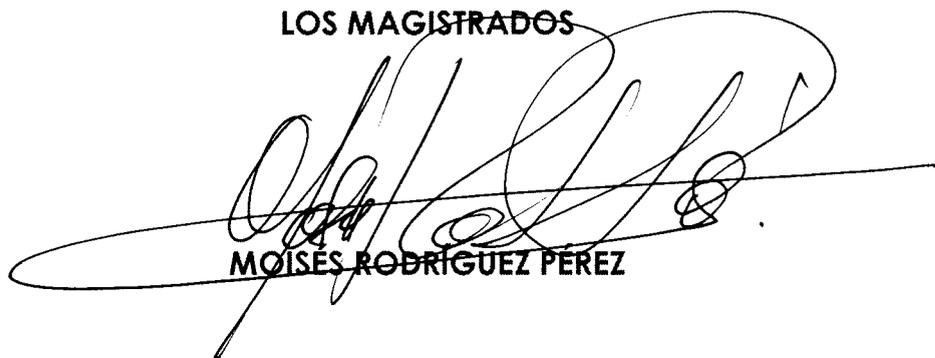
SEGUNDO: No hay lugar a condenar en costas.

TERCERO: Ejecutoriada esta providencia, si la misma no es apelada, **ARCHÍVESE** el expediente con las anotaciones de rigor que correspondan.

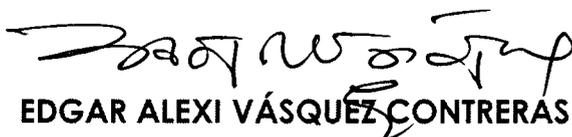
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

El proyecto de esta providencia fue considerado y aprobado por la Sala, en sesión ordinaria de la fecha, según consta en Acta No. 19

LOS MAGISTRADOS



MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ



EDGAR ALEXI VÁSQUEZ CONTRERAS



LUIS MIGUEL VILLALOBOS ÁLVAREZ

2

3