

Cartagena de Indias D. T. y C., once (11) de marzo de dos mil veintidós (2022)

I.- IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO, RADICACIÓN Y PARTES INTERVINIENTES

Medio de control	Nulidad y restablecimiento del derecho
Radicado	13001-23-33-000-2016-00830-00
Demandante	MARÍA DE REGLA DE LA ROSA
Demandado	CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES – CREMIL
Tema	Sustitución Pensional
Magistrado Ponente	Óscar Iván Castañeda Daza

II.- PRONUNCIAMIENTO

Se procede a dictar sentencia de primera instancia, dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por la señora María De Regla De La Rosa contra Nación contra la Caja De Retiro De Las Fuerzas Militares – CREMIL.

III.- ANTECEDENTES

3.1. DEMANDA

3.1.1. PRETENSIONES¹

Mediante escrito presentado el 16 de marzo de 2016, por intermedio de apoderado judicial, la señora María de Regla de la Rosa interpuso demanda en ejercicio del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho contra. En dicha demanda se formularon las siguientes pretensiones:

¹ Fl. 1 del archivo digital RADICADO N°13001233300020160083000.pdf

"1. Que se declare la nulidad del acto administrativo contenido en la resolución No 6629 de agosto 14 de 2015 a través de la cual, se negó en sede administrativa el reconocimiento de pensión de sobrevivientes a la demandante, quedando agotada de esta forma la vía gubernativa.

2. Que como consecuencia de dicha declaración, se condene a la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES, CREMIL, a reconocer y a pagar, pensión de vejez a la demandante a partir del día 25 de Enero de 1995, fecha de su causación.

3) Que se le condene al pago de los intereses moratorios por el retardo en la solución de las mesadas indicadas en el punto anterior, conforme a lo estipulado por el art 141 de la ley 100 de 1993, o en su defecto, a su pago indexado.

4. Que así mismo, se le condene al pago de las costas y agencias en derecho que se generen".

3.1.2. HECHOS²

La señora convivió en la Ciudad de Cartagena durante 17 años y hasta la muerte del señor MANUEL RAMÓN CABARCAS ESPINOSA, quien en vida se desempeñó como militar en la Armada Nacional.

Que mediante acuerdo 57 de febrero 6 de 1963, aprobado a través de la resolución No 1481 del 1 de 196, le fue reconocida asignación de retiro al señor MANUEL RAMÓN CABARCAS ESPINOSA, en su condición de sub oficial de la Armada Nacional de Colombia.

Que Manuel Ramón Cabarcas Espinosa, falleció el día 25 de enero de 1994, fecha de causación de la prestación, de conformidad al registro civil de defunción de la Notaria 4 de Cartagena.

Que tal como se afirma en el considerando 3 de la resolución 6629/15, dicha entidad en el año 1994, le negó la pensión de sobrevivientes a Lupe del Carmen Cabarcas de la Rosa, petición en su momento promovida por la demandante, madre de quien en ese entonces era menor de edad.

² Fl 2 del archivo digital RADICADO N°13001233300020160083000.pdf

Manifiesta que como es natural, la existencia de esa relación paralela del causante con la demandante generó toda clase de inconvenientes, agresiones verbales, tensiones etc. hacia la demandante, por parte de los familiares y cónyuge del pensionado, que la hicieron inhibir de cualquier intención de reclamar algo para sí.

Explica que se ha visto obligada a sobrevivir afrontando las vicisitudes propias de una madre soltera, a la que le ha correspondido de todas maneras, luchar por su subsistencia y la de su hija, en un país como los Estados Unidos, cargado de altos niveles de xenofobia, desempeñándose en las labores típicas asignadas a los inmigrantes latinos, es decir, en la de oficios varios, limpieza y conexos, ingresos que escasamente le alcanzan para medio vivir.

Que son estas y no otras las razones por las cuales la accionante declinó en su momento de cualquier intención de reclamar la pensión de sobrevivientes, pero que ahora lo hace, dado el extremo estado de necesidad en que se encuentra, y porque además es su derecho a la luz de la legislación y la jurisprudencia de este país, y así mismo, por su carácter imprescriptible, ha decidido demandar su reconocimiento.

3.1.3 NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN³

Como normas trasgredidas mencionó de la Constitución Política el preámbulo y los artículos 2.º, 4.º, 5.º, 11, 13, 29, 46 y 48; 9.º de la Ley 447 de 1998 y el Decreto 1211 de 1990.

Como concepto de violación la parte demandante argumentó:

Al negarse la sustitución de la asignación de retiro la entidad está desconociendo que la Carta Política de 1991 consagra el acceso al derecho a la seguridad social, el mínimo vital, a la vida en condiciones de dignidad, por lo que en aplicación del artículo 4.º constitucional, deben inaplicarse disposiciones las previsiones del Decreto 4433 de 2004 que vayan en contra de tales garantías fundamentales.

Se incurrió en falsa motivación toda vez que la entidad indicó que no existían elementos de juicio que permitan establecer que la peticionaria es beneficiaria del causante. Esto pese a que la demandante allegó las

³ Fl. 3-4 del archivo digital RADICADO N°13001233300020160083000.pdf

declaraciones de las señoras Misaelina Ramírez Vergara y Alba Cecilia Espinosa Sánchez,

3.2. CONTESTACIÓN⁴

La Caja de Retiro de las Fuerzas Militares se opuso a las pretensiones de la demanda al indicar no se encontraron documentos que confirmen lo expresado por la señora María de Regla de la Rosa, por el contrario, asegura que en el expediente obran pruebas que indican que el militar estuvo casado con la señora Maria Raquel Pinedo, quien falleció el 3 de diciembre de 1988, con quien tuvo dos hijos.

Manifiesta igualmente la entidad, que mediante la resolución No. 491 del 11 de abril de 2014, se negó el reconocimiento y pago de la sustitución de asignación de retiro solicitada por la peticionara en favor de la menor Lupe del Carmen CABARCAS de la Rosa, considerando que el registro civil de nacimiento de la menor carecía de reconocimiento paterno.

Explica que resulta inexplicable que la peticionaria no solicitara en el momento de fallecimiento del causante o cuando solicitó para la menor y ahora, cuando han transcurrido más de once (11) años, pretenda tal reconocimiento, argumentando entre otros aspectos una dependencia económica, que fue atendida por otros medios, en los once (11) años transcurridos desde la muerte del señor Suboficial Primero (r) de la Armada Manuel Ramon CABARCAS Espinosa.

Asegura que en revisión del expediente administrativo del señor Suboficial Primero (r) de la Armada MANUEL RAMON CABARCAS ESPINOSA no existen pruebas o documentos suficientes que permitan establecer que éste convivió con la señora MARIA DE REGLA DE LA ROSA, especialmente durante los últimos años anteriores a su fallecimiento.

Por último, manifestó que teniendo en cuenta los documentos aportados, las declaraciones allegadas a la Caja, revisado el expediente administrativo y de acuerdo con las disposiciones del Artículo 185 del Decreto 1211 de 1990, se evidencia que NO existen elementos de juicio que permitan establecer el derecho al reconocimiento y pago de la sustitución de asignación de retiro del señor Suboficial Primero (r) de la Armada Manuel Ramon CABARCAS

⁴ Fl. 95-102 del archivo digital RADICADO N°13001233300020160083000.pdf.

Espinosa en favor de la señora Maria de Regla de la Rosa, identificada con cédula de identidad y electoral No. 001-0968203-9 de Santo Domingo, en calidad de compañera permanente.

3.3. TRÁMITE DE PRIMERA INSTANCIA

La demanda fue conocida por el Tribunal Administrativo de Bolívar siendo admitida mediante auto de fecha 16 de junio de 2017⁵.

3.4. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN⁶

Ambas partes presentaron alegatos de conclusión, en los que esencialmente reiteraron los argumentos expuestos tanto en la demanda, como en la contestación.

3.5. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

No rindió concepto.

IV. CONTROL DE LEGALIDAD

Revisado el expediente se observa que, de conformidad con lo previsto en el artículo 207 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo-CPACA, en el desarrollo de las etapas procesales de esta primera instancia se ejerció control de legalidad de estas. Por ello se procede a dictar sentencia de primera instancia.

V.- CONSIDERACIONES

5.1. COMPETENCIA

Es competente esta Corporación para conocer el presente proceso en primera instancia, por disposición del artículo 152 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

5.3. PROBLEMA JURÍDICO

⁵ Fl. 71-74 del archivo digital RADICADO N°13001233300020160083000.pdf.

⁶ Fl. 253-265 del archivo digital RADICADO N°13001233300020160083000.pdf.

Corresponde a la Sala establecer si la señora María de Regla de la Rosa reúne los presupuestos legales para acceder a la sustitución de la asignación de retiro del fallecido Manuel Ramón CABARCAS Espinosa, en calidad de compañera permanente superviviente, particularmente, frente al requisito de convivencia efectiva con el causante, conforme a los lineamientos del artículo 185 del Decreto 1211 de 1990.

Con ese propósito, la Sala analizará la figura de la sustitución pensional, para lo cual se referirá al marco normativo y jurisprudencial aplicable y establecerá si le asiste razón a la reclamante.

5.2. TESIS

La Sala sostendrá como tesis que no hay lugar a declarar la nulidad de los actos administrativos acusados al no encontrarse probados los cargos de nulidad invocados en la demanda. Al respecto, se sustentará que no existen elementos de juicio que permitan establecer el derecho al reconocimiento y pago de la sustitución de asignación de retiro del señor Suboficial Primero (r) de la Armada, Manuel Ramon CABARCAS Espinosa en favor de la señora María de Regla de la Rosa, toda vez que no existen pruebas o documentos suficientes que permitan establecer que éste convivió con la demandante, especialmente durante los últimos años anteriores a su fallecimiento.

5.2.1 MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

5.2.3. De la pensión de sobrevivientes y la sustitución pensional

Conforme al artículo 48 de la Constitución Política, la seguridad social es un servicio público obligatorio que se presta bajo la dirección, coordinación y control del Estado, con observancia de los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la ley.

A través de la Ley 100 de 1993, el legislador organizó el sistema de seguridad social integral, en lo que tiene que ver con el régimen de pensiones, su objetivo fue garantizar a la población el amparo contra las eventualidades derivadas de la vejez, la invalidez y la muerte, mediante el reconocimiento de las pensiones y prestaciones que se determinan en la citada ley.

En este sentido, con la finalidad de atender la contingencia derivada de la muerte, el legislador previó a las denominadas pensión de sobrevivientes y

la sustitución pensional, para suplir la ausencia repentina del apoyo económico que brindaba el afiliado al grupo familiar y, por ende, evitar que su deceso se traduzca en un cambio sustancial de las condiciones mínimas de subsistencia de las personas beneficiarias de dicha prestación. Es decir, que su reconocimiento se fundamenta en normas de carácter público y constituye un desarrollo del principio de solidaridad.

En este orden de ideas, el Consejo de Estado, ha aclarado que si bien la pensión de sobrevivientes y la sustitución pensional tienen por finalidad evitar que los beneficiarios de un trabajador fallecido carezcan del apoyo económico que éste les brindaba; la sustitución pensional es aquella prestación que se le otorga al núcleo familiar de un pensionado que fallece o del afiliado que cumple con los requisitos legalmente exigibles para pensionarse y fallece, en tanto que la pensión de sobrevivientes es aquella prestación que se le otorga al núcleo familiar del afiliado no pensionado, que fallece sin cumplir con los requisitos mínimos para obtener la pensión¹⁹.

De conformidad con los artículos 46 y 47 de la primera norma en mención, modificados por los artículos 12 y 13 de la Ley 797 de 2003, tendrán derecho a la sustitución pensional, los miembros del grupo familiar del pensionado por vejez que fallezca, advirtiéndose tres grupos de beneficiarios excluyentes entre sí, toda vez que a falta de uno lo sucederá el otro, así: (i) cónyuge o compañera permanente e hijos con derecho; (ii) padres con derecho; y (iii) hermanos con derecho.

El artículo 47 de la norma en mención señala quienes son los beneficiarios y de acuerdo con ellos establece los requisitos para que se acceda al reconocimiento prestacional, en los siguientes términos:

"(...) 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.



Rad. 13001-23-33-000-2016-00830-00

b) En forma temporal, el cónyuge o la compañera permanente superviviente, 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;

c) Los hijos menores de 18 años; los hijos mayores de 18 años y hasta los 25 años, incapacitados para trabajar por razón de sus estudios y si dependían económicamente del causante al momento de su muerte, siempre y cuando acrediten debidamente su condición de estudiantes y cumplan con el mínimo de condiciones académicas que establezca el Gobierno; y, los hijos inválidos si dependían económicamente del causante, esto es, que no tienen ingresos adicionales, mientras subsistan las condiciones de invalidez. Para determinar cuándo hay invalidez se aplicará el criterio previsto por el artículo 38 de la Ley 100 de 1993;

d) A falta de cónyuge, compañero o compañera permanente e hijos con derecho, serán beneficiarios los padres del causante si dependían económicamente de forma total y absoluta de este;

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

Parágrafo. Para efectos de este artículo se requerirá que el vínculo entre el padre, el hijo o el hermano inválido sea el establecido en el Código Civil (...)”.

De los aludidos grupos de beneficiarios la Corte Constitucional resumió los requisitos que deben acreditar para el reconocimiento prestacional, en sentencia C- 336 de 2014, en los siguientes términos:

Beneficiario	Causante	Modalidad de 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.	Pensionado	Vitalicia	Haber procreado hijos con el causante y demuestre vida marital durante los 5 años anteriores a la muerte.
Compañero permanente		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

⁷ Artículo 47 de la Ley 100 de 1993.

			separación de hecho, compañero permanente con convivencia durante los 5 años anteriores a la muerte.
--	--	--	--

5.2.4 Regulación especial de la sustitución de la asignación de retiro, vigente al momento del deceso del causante

Gracias a los regímenes exceptuados de la aplicación de la Ley 100 de 1993, se concibió la creación de regímenes especiales en materia de seguridad social para atender las condiciones exclusivas de los mismos.

Lo anterior en razón a que, el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, exceptuó a las Fuerzas Militares de la aplicación del Sistema Integral de Seguridad Social, y, por su parte, la Constitución Política, en sus artículo 150, ordinal 19º, literal e) y 2017, establecieron que la ley debía fijar el régimen salarial y prestacional especial para los miembros de las Fuerzas Públicas, el cual se encuentra justificado en el riesgo latente que envuelve la función pública que prestan y desarrollan.

En el caso de la Fuerza Pública, el régimen ha sido desarrollado por distintas normas, entre las cuales destacan el Decreto 1211 de 1990, la Ley 923 de 2004 y el Decreto 4433 de 2004, y la Sentencia de Unificación 00965 de 2018 del Consejo de Estado.

En aplicación de la regla de favorabilidad fijada por el artículo 288 de la Ley 100 de 1993, se debe atender cada caso, según el régimen que le sea aplicable, y al texto vigente al momento del deceso del causante, lo que conlleva a la aplicación de leyes anteriores, siempre y cuando determinen cuestiones sobre la misma materia.

En ese sentido, conforme a las condiciones del caso en concreto, se encuentra que el causante tenía la calidad de Suboficial de las Fuerzas Armadas, pero que a fecha de su deceso, había transcurrido 25 años desde la asignación de su retiro, por lo que ya no era Suboficial en servicio sino en retiro.

Las pruebas aportadas al expediente dan cuenta que al causante, Suboficial Primero (r) de la Armada Manuel Ramon CABARCAS Espinosa, le fue reconocida una asignación de retiro, efectiva a partir del 1 de octubre de 1962, mediante Resolución No 057⁸. Así mismo, se demostró que el 25 de enero de 1994 falleció estando en goce de dicha prestación, de tal manera que la procedencia de la sustitución de la asignación de retiro debe analizarse con base en el Decreto 1211 de 1990, vigente para la fecha del deceso.

De lo anterior se desprende que, del decreto 1211 de 1990, el cual determinó el régimen *por el cual se reforma el Estatuto del Personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares*, sería entonces el régimen aplicable, dado que como se establece en precedencia, la calidad de suboficial y el goce de la asignación en retiro de la que era acreedor el causante se enmarca en el artículo 185 del decreto ibidem.

En este sentido, dicha normativa, establece que:

“ARTICULO 185. Orden de beneficiarios. Las prestaciones sociales por causa de muerte de Oficiales y Suboficiales en servicio activo o en goce de asignación de retiro o pensión se pagarán según el siguiente orden preferencial:

- a. La mitad al cónyuge sobreviviente y la otra mitad a los hijos del causante, en concurrencia éstos últimos en las proporciones de ley.*
- b. Si no hubiere cónyuge sobreviviente, las prestaciones corresponden íntegramente a los hijos en las proporciones de ley.*
- c. Si no hubiere hijos la prestación se divide así:
El cincuenta por ciento (50%) para el cónyuge.
El cincuenta por ciento (50%) para los padres en partes iguales.*
- d. Si no hubiere cónyuge sobreviviente ni hijos, la prestación se dividir entre los padres así:
Si el causante es hijo legítimo llevan toda la prestación a los padres.
Si el causante es hijo adoptivo la totalidad de la prestación corresponde a los padres adoptantes en igual proporción.
Si el causante es hijo extramatrimonial, la prestación se divide en partes iguales entre los padres.
Si el causante es hijo extramatrimonial con adopción, la totalidad de la prestación corresponde a sus padres adoptivos en igual proporción.
Si no concurriere ninguna de las personas indicadas en este artículo llamadas en el orden preferencial en él establecido, la prestación se*

⁸ FI 120 de archivo digital RADICADO N°13001233300020160083000.pdf

paga, previa comprobación de que el extinto era su único sostén a los hermanos menores de 18 años.

Los hermanos carnales recibirán doble porción de los que sean simplemente maternos o paternos.

A falta de descendientes, ascendientes, hijos adoptivos, padres adoptivos, hermanos y cónyuges, la prestación corresponder a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares".

Es menester tener en cuenta que, para tal fecha, el ordenamiento colombiano contemplaba la figura de compañera o compañero permanente conforme a la Ley 54 de 1990, por lo cual dicho decreto "ignora" esta institución. No obstante, dichas disposiciones le son aplicables a quienes aún, para tal fecha, hubieren satisfecho el lleno de requisitos para el reconocimiento de la unión marital de hecho.

En ese sentido, el compañero o compañera supérstite, sería beneficiario de las prestación por muerte de los oficiales o suboficiales en servicio activo o en goce de asignación de retiro o pensión.

En consecuencia, la normativa vigente al momento del deceso del causante sería el artículo 185 del Decreto 1211 de 1990, el cual establece que corresponde, para el compañero o compañera permanente, la mitad; mientras que la otra mitad corresponde para los hijos del causante.

Es sabido que en caso en concreto, la demandante alega ser compañera permanente, así como también tener una hija producto de la unión en mención.

5.6. CASO CONCRETO

5.6.1. Hechos relevantes probados

En el sub-lite reclama la sustitución pensional la señora María de Regla de la Rosa, quien alega su condición de compañera supérstite, y quien manifestó que convivió con el causante durante los años anteriores a su deceso.

Atendiendo lo antes expuesto, para efectos de resolver el punto de controversia, la Sala contará con los siguientes elementos probatorios aportados por las partes procesales:

Rad. 13001-23-33-000-2016-00830-00

Facsímil de petición dirigida a CREMIL de expedición de copia autenticada con constancia de ejecutoria de la resolución No 6629 de agosto 14/15⁹.

Comunicación CREMIL No 613 de febrero 8/16¹⁰.

Copla autenticada de la resolución No 6629 de agosto 14/15, con constancia de ejecutoria¹¹.

Extracto de acta de nacimiento de Lupe del Carmen Cabarcas de la Rosa¹².

Coplas de las declaraciones extrajuicio de Ruth del Rio de Cabarcas y Olga Pátriela Sotomayor Polo¹³.

5.6.2. Análisis crítico de las pruebas frente al marco jurídico

Tendiendo lo antes expuesto, para efectos de resolver el punto de controversia, la Sala contará con los siguientes elementos probatorios aportados por las partes procesales.

En el sub-lite se tiene, que el suboficial Manuel Ramón Cabarcas Espinosa prestó sus servicios en el Ejército Nacional por 18 años, 11 meses y 20 días, según la hoja de servicios aportada. Además, le fue reconocida mediante acuerdo 57 de febrero 6 de 1963, aprobado a través de resolución No.1481 de abril 1 de 1963 la asignación mensual de retiro. Igualmente, se demostró que su fallecimiento ocurrió el 25 de enero de 1994, según consta en el Registro civil de defunción que obra en el expediente.

De acuerdo con lo anterior, se evidencia que al momento del deceso del causante ya se encontraba vigente el Decreto 1211 de 1990, citado en el acápite anterior, norma que le resulta aplicable.

Asimismo, se tiene que, mediante resolución No. 491 del 11 de abril de 1994, se declaró la extinción de la asignación de retiro del señor Suboficial Primero (r) de la Armada Manuel Ramon CABARCAS Espinosa a partir del 25 de enero de 1994 y se negó el reconocimiento de la sustitución de asignación

⁹ FI 16 del expediente digital RADICADO N°13001233300020160083000.pdf.

¹⁰ FI 19 el expediente digital RADICADO N°13001233300020160083000.pdf.

¹¹ FI 21-23 del expediente digital RADICADO N°13001233300020160083000.pdf.

¹² FI 17 del expediente digital RADICADO N°13001233300020160083000.pdf.

¹³ FI 25-26 del expediente digital RADICADO N°13001233300020160083000.pdf.

de retiro a la menor Lupe del Carmen CABARCAS de la Rosa, identificada con pasaporte No. 0528996 de República Dominicana, al considerar que el registro civil de nacimiento de la menor carece de nota de reconocimiento paterno.

Al respecto, es menester para la Sala aclarar frente al sentido del fallo que, en el proceso de marras, lo que se discute es la convivencia de la demandante con el señor Manuel Ramón Cabarcas Espinosa, mas no la filiación de la hija al causante. Lo anterior, por cuanto como se ha reiterado, la demandante había realizado previamente la solicitud de reconocimiento de la sustitución de asignación de retiro para su hija, sin embargo, no le fue concedida debido a que carecía del reconocimiento del señor Manuel Cabarcas; asimismo, si lo pretendido es la declaratoria de filiación de su hija con respecto al causante, ello supera las competencias de este Tribunal.

Ahora bien, una vez aclarado lo anterior, la demanda fue interpuesta por la señora María de Regla de la Rosa con radicado N° 25000-23-42-000-2013-06518-01, quien reclama la sustitución de la asignación de retiro percibida por el señor Manuel Ramón Cabarcas Espinosa, para lo cual alegó su condición de compañera permanente.

Para tal efecto, allegó la declaración extraproceso de la señora Ruth Del Rio De CABARCAS quien declaró bajo la gravedad de juramento que:

“PRIMERO: conozco a la señora Maria De Regla De La Rosa, y conocí al señor Manuel Ramon CABARCAS Espinosa, (Q.E.P.D.), y por ese conocimiento sé y me consta que convivieron en unión libre durante 17 años, hasta el fallecimiento del señor Manuel Ramon CABARCAS Espinosa; de esa unión procrearon una hija de nombre Lupe Del Carmen CABARCAS De La Rosa. - SEGUNDO: Igualmente declaro que la señora Maria De Regla De La Rosa dependía económicamente y en todo sentido del señor MANUEL RAMON CABARCAS ESPINOSA. TERCERO: Todos los datos y la información suministrada mediante la presente declaración corresponde a hechos ciertos, en caso de inconsistencias asumo la responsabilidad que dé a lugar. La anterior se hace necesaria para la parte interesada¹⁴”.

Igualmente, obra la declaración extraproceso de la señora Olga Patricia Sotomayor Polo, la cual declaró, bajo la gravedad de juramento, que:

¹⁴ FI 25 del expediente digital RADICADO N°13001233300020160083000.pdf.

"PRIMERO: conozco a la señora María De Regla De La Rosa, y conocí al señor Manuel Ramon CABARCAS Espinosa, (Q.E.P.D.), y por ese conocimiento sé y me consta que convivieron en unión libre durante 17 años, hasta el fallecimiento del señor Manuel Ramon CABARCAS Espinosa; de esa unión procrearon una hija de nombre Lupe Del Carmen CABARCAS De La Rosa. - SEGUNDO: Igualmente declaro que la señora Maria De Regla De La Rosa dependía económicamente y en todo sentido del señor Manuel Ramon CABARCAS Espinosa. - TERCERO: Todos los datos y la información suministrada mediante la presente declaración corresponde a hechos ciertos, en caso de inconsistencias asumo la responsabilidad que dé a lugar. La anterior se hace necesaria para la parte interesada. La presente declaración fue leída por el compareciente quien estuvo en todo de acuerdo y manifestó que no tenía más que agregar¹⁵".

Ahora bien, en relación con el valor probatorio de las citadas declaraciones testimoniales, advierte la Sala que estas no resultan suficientes para demostrar el requisito de la convivencia real y afectiva para ser beneficiaria de la sustitución pensional, al tenor del Decreto 1211 de 1990, pues aunque relataron que conocieron la relación de pareja entre la demandante y el causante por un periodo de 17 años, producto de la cual presuntamente nació una hija, no ofrecen detalles de la existencia de una convivencia real y efectiva bajo un mismo techo y una vida de socorro y apoyo mutuo de carácter exclusivo que constituyen un núcleo familiar sustentado y protegido por la Constitución.

Las declaraciones no delimitan los extremos temporales de la presunta convivencia. Recuérdese que la norma exige 5 años anteriores al fallecimiento y en este caso, ninguno de los testigos da cuenta de ello, además, las declaraciones no son precisas en señalar si la presunta convivencia fue permanente y continua hasta la muerte del causante.

Ninguna de las personas declarantes expuso las circunstancias en que las se desarrolló la presunta relación sentimental, el apoyo mutuo, la comprensión y la vida en común al momento de la muerte, que son los factores que legitiman el derecho reclamado. Ello por cuanto no exponen los detalles de la vida en pareja, el acompañamiento espiritual y la asistencia solidaria; elementos característicos de una convivencia en pareja.

Al respecto es necesario poner de presente lo expuesto por la Corte Constitucional sobre el factor de convivencia efectiva entre parejas, sentencia C-081 del 17 de febrero de 1999 en la que se precisó:

¹⁵ FI 26 del expediente digital RADICADO N°13001233300020160083000.pdf.



“Dadas estas circunstancias, por razones de orden constitucional y de los principios propios del derecho de la seguridad social, los cuales puede el Legislador configurar libremente, según el artículo 48 superior en aplicación, en cuanto a los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, éste en el artículo 47 literal a) de la Ley 100 de 1993, toma más en cuenta factores sociológicos, reales o materiales, en el entendido de lo que es una relación material de pareja, como quiera que se trata de una prestación de previsión, con lo cual procura aliviar la condición de precariedad económica en que queda la familia al desaparecer su cabeza, vale decir, el titular de la pensión, independientemente, de que alguno de los miembros de la pareja goce de la condición de cónyuge o de compañera o compañero permanente.[...]”

La Corte Constitucional, comparte la tesis sostenida, tanto por el señor Procurador General de la Nación como por la mayoría de los interventores en este proceso, en cuanto a que la doctrina y jurisprudencia nacionales, han aceptado en acoger como factor determinante en la aplicación del literal a) del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, para establecer qué persona tiene derecho a la sustitución pensional, en casos de conflicto entre el cónyuge supérstite y la compañera o compañero permanente, el hecho del compromiso efectivo y de comprensión mutua existente entre la pareja, al momento de la muerte de uno de sus integrantes. [...]

De lo anterior se concluye que, al contrario de lo sostenido por la demandante y con arreglo a las consideraciones anteriores, de índole jurisprudencial, es apropiado entonces afirmar que la convivencia afectiva al momento de la muerte del titular de la pensión, constituye el hecho que legitima la sustitución pensional y que, por lo tanto, es conforme a la Carta Política, el hecho de que la disposición cuestionada exija, tanto para los cónyuges como para las compañeras o compañeros permanentes, acreditar los supuestos de hecho previstos por el Legislador para que se proceda al pago de la prestación, con lo cual se busca, por parte del Congreso de la República, dentro de su amplia libertad de configuración legal, impedir (sic), que sobrevinida la muerte del pensionado, el otro miembro de la pareja cuente con los recursos económicos indispensables para satisfacer sus necesidades (...).”

Asimismo, debe acreditarse la vocación de estabilidad y permanencia, por lo tanto, no se tienen en cuenta aquellas relaciones casuales, circunstanciales, incidentales, ocasionales, esporádicas o accidentales que haya podido tener en vida el fallecido pensionado.

En tal sentido si la compañera permanente pretende acceder a la sustitución pensional deberá acreditar su calidad, esto es, que hizo vida

marital con el causante durante los últimos 5 años anteriores a su muerte, situación que no se logró demostrar en el sub examine, pues se repite, las pruebas aportadas al proceso no otorgan certeza de la existencia de la convivencia durante el tiempo exigido para ello.

De esta manera, el hecho de no estar acreditada la convivencia real y efectiva de la señora Maria de Regla de la Rosa con el causante durante el periodo referido, impone negar las pretensiones de la demandante por cuanto como se ha señalado en precedencia, en caso de conflicto entre los posibles titulares del derecho a la sustitución pensional, debe valorarse el auxilio o apoyo mutuo, la convivencia efectiva, la comprensión y la vida en común al momento de la muerte del titular del derecho, que son los factores que legitiman el derecho reclamado, así como la dependencia económica.

Así las cosas, concluye la Sala que los argumentos presentados por la demandante no se encuentran llamados a prosperar, máxime si se tiene en cuenta que, valoradas las pruebas allegadas al plenario, no permiten colegir que, entre la señora María de Regla de la Rosa y el causante existió dicha relación durante los últimos 5 años previos al deceso de éste último y mantuvo vínculo afectivo, de apoyo mutuo, solidario para con ella durante dicho periodo.

5.6.3. Condena en costas

El artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo señala, que *"Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil"*.

El artículo 365 del Código General del Proceso señala que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación. Conforme lo anterior, se condenará en costas a la parte demandante, dado que le resultó desfavorable el resultado del proceso.

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

VI.- FALLA

PRIMERO: Negar las pretensiones de la demanda, por las razones expuestas.

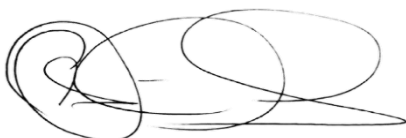
SEGUNDO: Condenar en costas a la parte demandante.

TERCERO: Ejecutoriada la presente providencia, archívese el expediente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Constancia: El proyecto de esta providencia fue considerado y aprobado en sesión virtual de la fecha.

LOS MAGISTRADOS



OSCAR IVÁN CASTAÑEDA DAZA



JOSÉ RAFAEL GUERRERO LEAL



MARCELA DE JESÚS LÓPEZ ÁLVAREZ