

Cartagena de Indias D.T. y C, quince (15) de mayo de dos mil veinte (2020)

Medio de control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicado	13-001-33-33-006-2016-00151-01
Demandante	ROSA CATALINA TORRES OROZCO
Demandado	UGPP
Magistrado Ponente	ROBERTO MARIO CHAVARRO COLPAS
Tema	Prueba convivencia

I.- PRONUNCIAMIENTO

Procede el Tribunal Administrativo de Bolívar a pronunciarse respecto del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada (Colpensiones) contra la sentencia de fecha treinta (30) de octubre de dos mil diecisiete (2017), proferida por el Juzgado Sexto (06) Administrativo del Circuito de Cartagena, que concedió las pretensiones de la demanda.

II.- ANTECEDENTES

2.1. DEMANDA.

2.1.1. PRETENSIONES

La declaratoria de nulidad de los actos administrativos contenidos en las resoluciones números: 16620 de fecha 08 de octubre de 2010, 045069 del 24 de marzo de 2011, RDP 6746 del 14 de febrero de 2013, RDP 015802 de 09 de abril de 2013, RDP 018095 de 22 de abril de 2013 y escrito 201514200588611 Auto 014372 de fecha 05 de noviembre de 2015 NOT-PD-179071, que negó a la actora la sustitución pensional en calidad de compañera permanente del señor Brigido Mendoza Pérez.

Y como consecuencia de las nulidades, y a título de restablecimiento del derecho, se ordene a la UGPP que reconozca a la señora Rosa Catalina Torres Orozco una sustitución de pensión como compañera permanente del señor Brigido Mendoza Pérez.

2.1.2. HECHOS.

Código: FCA - 008 Versión: 02 Fecha: 18-07-2017



SC5780-1-9



Relata la actora en síntesis lo siguiente:

La señora Catalina Torres Orozco conoció al señor Brigido Mendoza Pérez en el año 1947, cuando contaba con 16 años de edad y el con 27, que se fue a vivir con él, a la luz del conglomerado social, como marido y mujer, compartiendo casa, cama y mesa.

De esa unión nacieron ocho hijos, el tiempo de convivencia de los compañeros permanentes, se establece desde el año 1948 hasta la fecha del fallecimiento del señor Mendoza, 16 de mayo de 1983, dependiendo económicamente de él.

Que el señor Mendoza Pérez, estaba casado con Elvia del Socorro Llamas de Mendoza, con quien tuvo un hijo, a la cual se le reconoció pensión de sobreviviente mediante resolución n° 01695 de fecha 07 de febrero de 1986 y disfruto de esta hasta el momento de su fallecimiento.

2.1.3. FUNDAMENTOS DE DERECHO.

La demandante señaló como normas violadas las siguientes:

Constitucionales: 48 y 53

Legales: ley 100 de 1993 y ley 797 de 2003

Concepto de violación.

Aduce que, que la actora tiene derecho a que se le otorgue una sustitución pensional como compañera permanente del señor Brigido Mendoza Pérez, por reunir los requisitos que exige la ley para acceder a ello.

2.2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

2.2.1. COLPENSIONES.

Se opone a las pretensiones de la demanda, debido a que, las resoluciones demandadas contienen los elementos fácticos y jurídicos que motivaron la negatividad, la misma se encuentra ajustada a derecho, en esa resolución se

expone claramente las razones por las cuales se niega el derecho reclamado, no es procedente con los antecedentes administrativos y normativos existentes reconocer a la señora Torres Orozco como beneficiaria de la pensión de sobreviviente con ocasión del fallecimiento del señor Brígido Mendoza, existe otra solicitante de mejor derecho que de manera exclusiva se atribuye la convivencia y el derecho que también pretende la demandante.

2.3. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

El Juzgado Sexto (06) Administrativo del Circuito de Cartagena en sentencia proferida el día 30 de octubre de 2017, concedió las pretensiones de la demanda, fundamentando la providencia -entre otras cosas- que, evaluados los testimonios en conjunto, con los documentos allegados al plenario, encontró que la actora demostró su convivencia plena, permanente y singular con el ánimo de conformar un núcleo familiar, su apoyo afectivo y comprensión de pareja, además del apoyo mutuo, como si se tratara de un matrimonio.

2.4. FUNDAMENTOS DE LA APELACIÓN.

UGPP.

Solicita revocar íntegramente la sentencia apelada y absolver a la demandada y que se declare la legalidad de los actos administrativos, dado presente caso se denieguen las pretensiones de la demanda por no encontrarse acreditado el derecho como beneficiaria de la pensión de sobreviviente con ocasión del fallecimiento del causante toda vez que no se encontró demostrado que el demandante fuera la compañera permanente del causante, ni en vía administrativa ni en vía judicial.

2.5. TRÁMITE DE SEGUNDA INSTANCIA.

El recurso de apelación fue repartido el 06 de febrero de 2018, por la Oficina de Servicios de Cartagena, correspondiéndole al Despacho del Magistrado que funge como ponente de esta sentencia, a quien la Secretaría del Tribunal le pasó el expediente el día 21 de marzo de 2018.

Mediante auto de 21 de marzo de 2018, se admitió para su trámite el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada; y ordenó notificar personalmente al Agente del Ministerio Público.

En providencia calendada 09 de mayo de 2018, se ordenó correr traslado a las partes para que presentaran sus alegatos. Ambas partes presentaron sus alegaciones. El Ministerio Público NO presentó concepto de fondo.

2.6. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN.

Las partes presentaron sus alegatos de conclusión. (Fls.372-378)

2.7. MINISTERIO PÚBLICO.

El agente del Ministerio Público NO emitió concepto.

CONTROL DE LEGALIDAD

Revisado el expediente se observa que en el desarrollo de las etapas procesales de primera instancia se ejerció control de legalidad de las mismas – artículo 207 CPACA -. Por ello y como en esta instancia no se observan vicios que acarreen la nulidad del proceso o impidan proferir decisión, se procede a resolver la alzada.

III. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Competencia.

De acuerdo con lo dispuesto por el art. 153 del CPACA, esta Sala es competente para conocer de los recursos de apelación contra sentencias proferidas por los juzgados administrativos, en segunda instancia.

MARCO JURÍDICO DEL RECURSO DE APELACIÓN.

Previo a resolver el objeto de la controversia, resulta necesario precisar los límites a los cuales se ve compelido el *ad quem* en lo que respecta a la apelación. Para tal efecto, conviene señalar que el *a quo* en la sentencia desata una controversia inicial delimitada por la demanda, la contestación a la misma y las pruebas recaudadas en el trámite procesal. Dicho debate

Código: FCA - 008 Versión: 02 Fecha: 18-07-2017



SC5780-1-9



concluye con una providencia que tiene la virtud de poner fin a la diferencia, y que se fundamenta en razones de hecho y de derecho derivadas de lo probado en el plenario y de la aplicación concreta del ordenamiento jurídico al caso debatido.

Así las cosas, a través del recurso de apelación se ejerce el derecho de impugnación contra una decisión judicial determinada; por lo que le corresponde al recurrente confrontar los argumentos que el juez de primera instancia consideró para tomar su decisión, a efectos de solicitarle al juez de superior jerarquía funcional que decida sobre los puntos o asuntos que se cuestionan ante la segunda instancia. Lo anterior de conformidad con lo establecido en los artículos 320 y 328 del C.G.P., que consagra:

“Art. 320. Fines de la apelación. El recurso de apelación tiene por objeto que el superior examine la cuestión decidida, **únicamente en relación con los reparos concretos formulados por el apelante**, para que el superior revoque o reforme la decisión.

Artículo 328. Competencia del superior. El juez de segunda instancia deberá pronunciarse solamente sobre los argumentos expuestos por el apelante, sin perjuicio de las decisiones que deba adoptar de oficio, en los casos previstos por la ley.

Sin embargo, cuando ambas partes hayan apelado toda la sentencia o la que no apeló hubiere adherido al recurso, el superior resolverá sin limitaciones.

En la apelación de autos, el superior sólo tendrá competencia para tramitar y decidir el recurso, condenar en costas y ordenar copias.

El juez no podrá hacer más desfavorable la situación del apelante único, salvo que en razón de la modificación fuera indispensable reformar puntos íntimamente relacionados con ella.

En el trámite de la apelación no se podrán promover incidentes, salvo el de recusación. Las nulidades procesales deberán alegarse durante la audiencia.” (negritas de la sala)

En este orden de ideas, resulta claro que para el juez de segunda instancia, su marco de competencia lo constituyen las referencias conceptuales y argumentativas que se aducen y esgrimen en contra de la decisión que se adopta en primera instancia, por lo cual, los demás aspectos diversos a los planteados por el recurrente se excluyen del debate en la instancia superior, toda vez que operan tanto el principio de congruencia de la sentencia, como el principio dispositivo, razón por la cual la jurisprudencia ha sostenido que “las pretensiones del recurrente y su voluntad de interponer el recurso, condicionan la competencia del juez que conoce del mismo. Lo que el procesado estime lesivo de sus derechos, constituye el ámbito exclusivo sobre

el cual debe resolver el *ad quem*: “*tantum devolutum quantum appellatum*”¹.

Otra de las limitaciones relevantes a las cuales se encuentra materialmente sujeta la competencia del juez ad quem, para efectos de proferir el fallo respectivo con el cual ha de desatarse la apelación interpuesta contra una sentencia, la constituye la garantía de la *no reformatio in pejus*, por virtud de la cual no es válidamente posible que, con su decisión, el juez de la segunda instancia agrave, empeore o desmejore la situación que en relación con el litigio correspondiente le hubiere sido definida al apelante único mediante la sentencia de primera instancia.

PROBLEMA JURÍDICO.

En los términos del recurso de apelación interpuesto, el debate se centra en determinar si le asiste la razón a la actora a que le sea reconocida la sustitución pensional por parte de la UGPP, con ocasión del fallecimiento del señor Brígido Mendoza Pérez.

TESIS DE LA SALA.

La Sala confirmará la sentencia apelada, debido a que se acreditaron los elementos para que actora sea beneficiaria a una pensión de sobreviviente.

MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

Pensión de sobreviviente.

En el presente caso es aplicable a ley 100 de 1993, debido a que para la fecha de fallecimiento de la señora que poseía el derecho de la pensión de sobreviviente, 05 de julio de 2015, estaba en vigencia dicha norma y en virtud del principio de favorabilidad.

¹ El principio contenido en el aforismo latino *Tantum Devolutum Quantum Apellatum*, indica que, en la apelación, la competencia del superior solo alcanza a la resolución impugnada y a su tramitación.

Sobre la pensión de sobrevivientes, el artículo 46 y 47 de la Ley 100 de 1993 señaló tres grupos de beneficiarios que, funcionan bajo la misma dinámica de los órdenes sucesorales. Es decir, que mientras haya algún beneficiario de cada orden no puede pasarse a los órdenes siguientes.

El artículo 46 de la ley 100 de 1993, con la modificación que de él hiciera el artículo 12 de la ley 797 de 2003, dispone lo siguiente:

“Tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes:

1. Los miembros del grupo familiar del pensionado por vejez o invalidez por riesgo común que fallezca y,

2. Los miembros del grupo familiar del afiliado al sistema que fallezca, siempre y cuando éste hubiere cotizado cincuenta semanas dentro de los tres últimos años inmediatamente anteriores al fallecimiento y se acrediten las siguientes condiciones:

a) Inexequible. Corte Constitucional, sentencia C-556 del 20 de agosto de 2009.

b) Inexequible. Corte Constitucional, sentencia C-556 del 20 de agosto de 2009.

Parágrafo 1º.- Cuando un afiliado haya cotizado el número de semanas mínimo requerido en el régimen de prima en tiempo anterior a su fallecimiento, sin que haya tramitado o recibido una indemnización sustitutiva de la pensión de vejez o la devolución de saldos de que trata el artículo 66 de esta Ley, los beneficiarios a que se refiere el numeral 2 de este artículo tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes, en los términos de esta ley.

El monto de la pensión para aquellos beneficiarios que a partir de la vigencia de la ley, cumplan con los requisitos establecidos en este parágrafo será el 80% del monto que le hubiera correspondido en una pensión de vejez.” (se resalta)

Por su parte, el artículo 47 del mismo estatuto, modificado por el artículo 13 de la ley 797 de 2003, dispone:

“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 años o más 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

Código: FCA - 008 Versión: 02 Fecha: 18-07-2017



SC5780-1-9





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 aplicara 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 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, mientras subsistan las condiciones de invalidez. Para determinar cuándo hay invalidez se aplicara 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 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 este.

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."

Quiere decir lo anterior que, sea el cónyuge, ora el compañero permanente, el *onus probandi* se debe contraer, para hacerse beneficiario de la pensión de sobrevivientes, a acreditar la convivencia con el de *cujus* dentro de los últimos cinco años anteriores a su muerte.

Esta interpretación se fijó por la Corte Constitucional en la sentencia de control abstracto de constitucionalidad C-336 del 2014, donde además se zanjó la discusión en lo que hace relación al requisito de convivencia efectiva en tratándose de concurrencia de derechos, por haber existido

convivencia simultánea o no simultánea, es decir, cuando el derecho se persigue por dos personas en quienes descansa la condición de compañera permanente y cónyuge y quienes alegan ese supuesto de hecho.

Al respecto explicó la Corte (se transcribe *in extenso*):

“(…)

4. Marco normativo de la pensión de sobrevivientes.

4.1. El sistema general de seguridad social en pensiones previó el cubrimiento del riesgo por muerte para las personas cercanas al causante afectadas por el hecho de su deceso. Dicho concepto ha sido abordado ampliamente en varias oportunidades por este Tribunal Constitucional, sintetizando lo anterior en la sentencia C-896 de 2006 así:

(…) la pensión de sobrevivientes es una prestación que el Sistema General de Seguridad Social en Pensiones reconoce a los miembros del grupo familiar más próximos al pensionado o afiliado que fallece –los indicados en los artículos 47 y 74 de la Ley 100 de 1993-, con el fin de garantizarles al menos el mismo grado de seguridad social y económica con que contaban en vida del causante y salvaguardarlos así de la completa desprotección y de la posible miseria. En este orden de ideas, su reconocimiento se fundamenta en normas de carácter público y constituye un desarrollo del principio de solidaridad. Además, según reiterada jurisprudencia de esta Corte, puede llegar a adquirir rango fundamental cuando sus beneficiarios son personas en estado de debilidad manifiesta.

4.2. Beneficiarios y su criterio de conformación.

4.2.1. El artículo 13 de la Ley 797 de 2003 modificó los artículos 47 y 74 de la Ley 100 de 1993, enunciando: (i) a los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes y (ii) las condiciones que deben acreditar en cada caso para acceder a la prestación económica.

4.2.2. Frente al concepto de beneficiarios se identifican tres grupos excluyentes entre si: (i) cónyuge o compañera permanente e hijos con derecho; (ii) padres con derecho; y (iii) hermanos con derecho. De los cuales, solo se resalta el primer grupo atinente al cónyuge o compañero permanente, el cual, a su vez, se subdivide en las siguientes categorías con sus respectivas condiciones:

Beneficiario	Causante	Modalidad de la pensión	Condiciones
--------------	----------	-------------------------	-------------



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

4.3. Requisito de la convivencia efectiva.

4.3.1. La pensión de sobrevivientes prevista para los regímenes de prima media y de ahorro individual **persigue la protección del núcleo familiar del afiliado o pensionado que fallece**, frente a las adversidades económicas ocasionadas con su muerte. Es por ello que el Legislador, como mecanismo de protección a los miembros del grupo familiar, instituyó el requisito de la convivencia durante los últimos cinco años anteriores a la muerte para el compañero o cónyuge supérstite, con el fin de proteger a los beneficiarios legítimos de ser desplazados por quién solo busca aprovechar el beneficio económico. Dicha finalidad ha sido reconocida por la Corte en varias ocasiones, resaltando la sentencia C-1176 de 2001 en la que se expresó:

El objetivo fundamental perseguido es el de proteger a la familia. En efecto, la circunstancia de que el cónyuge o compañero permanente del causante deban

Código: FCA - 008 Versión: 02 Fecha: 18-07-2017



SC5780-1-9



cumplir ciertas exigencias de índole personal y temporal para acceder a la pensión de sobrevivientes, constituye una garantía de legitimidad y justicia en el otorgamiento de dicha prestación que favorece a los demás miembros del grupo familiar. **También busca favorecer económicamente a aquellos matrimonios y uniones permanentes de hecho que han demostrado un compromiso de vida real y con vocación de continuidad;** pero también, que dicha disposición intenta amparar el patrimonio del pensionado, de posibles maniobras fraudulentas realizadas por personas que, con la falsa motivación de instituir una vida marital responsable y comprometida, sólo pretenden derivar un beneficio económico de la transmisión pensional.

(...) Que el propósito de la institución es proteger al pensionado y a su familia de posibles convivencias de última hora que no se configuran como reflejo de una intención legítima de hacer vida marital, sino que persiguen la obtención del beneficio económico que reporta la titularidad de una pensión de vejez o invalidez. En este sentido, es claro que la norma pretende evitar la transmisión fraudulenta de la pensión de sobrevivientes.

4.3.2. Respecto al tipo de convivencia –en el caso de convivencia simultánea- la Corte puntualizó en la sentencia C-1035 de 2008 que no se trata de cualquier relación, sino que, para determinar al beneficiario de la pensión de sobrevivientes, ésta debe reunir las siguientes condiciones:

(...) convivencia caracterizada por la clara e inequívoca vocación de estabilidad y permanencia, esto es, que ocurran al mismo tiempo la convivencia del causante con el respectivo cónyuge y con el compañero o compañera permanente durante los cinco años previos a la muerte del causante y excluye de antemano las relaciones casuales, circunstanciales, incidentales, ocasionales, esporádicas o accidentales que haya podido tener en vida el causante, como tampoco se refiere a aquellas situaciones en las cuales el causante convivió con diversas personas de forma sucesiva (no simultánea), situación que tiene su regulación especial.

Ahora bien, en lo que respecta al tipo de convivencia objeto de esta providencia –no simultánea-, tan solo difiere de la anterior concepción en el momento de su consolidación, puesto que si bien es el compañero permanente quién debe acreditar de forma clara e inequívoca la vocación de estabilidad y permanencia con el causante durante los cinco años previos a su muerte, para caso del cónyuge supérstite con separación de hecho el quinquenio de la convivencia naturalmente deberá verificarse con antelación al inicio de la última unión marital de hecho.

(...)"'. (Negritas y subrayas puestas por la Sala).

Como puede observarse, la pensión de sobrevivientes, según la Corte Constitucional, descansa en un componente ideológico de cercanía afectiva, al punto que aduce, que la misma “es una prestación que el Sistema General de Seguridad Social en Pensiones reconoce a los **miembros del grupo familiar** más próximos al pensionado o afiliado”, y no puede ser diferente la lectura que a dicha prestación se da, cuando es la misma norma contenida en el artículo 46 de la ley 100 de 1993, modificada por el 12 de la

Código: FCA - 008 Versión: 02 Fecha: 18-07-2017



SC5780-1-9



ley 797 de 2003, la que dispone que los que tiene derecho a dicha prestación son los miembros del grupo familiar del pensionado o afiliado que fallezca.

- **Análisis probatorio y caso concreto.**

Observa la Sala que mediante la presente acción de nulidad y restablecimiento del derecho la señora Rosa Catalina Torres Orozco, pretende el reconocimiento y pago de una pensión de sobreviviente, con ocasión de la muerte del señor Brigido Mendoza, en relación con el cual aduce la calidad de compañera permanente.

En efecto, como se demuestra mediante escrito del 03 de agosto de 2015, la señora Rosa Catalina Torres Orozco, solicitó ante la UGPP el pago de la citada prestación pensional teniendo en cuenta el fallecimiento de la señora Elvia del Socorro Llamas de Mendoza esposa del causante, quien ostentaba la pensión de sobreviviente, por tener un vínculo civil.

El Director de Servicios Integrados de Atención de la UGPP, la manifiesta que no habrá lugar por parte de la entidad a emitir nuevamente un pronunciamiento respecto al reconocimiento de una pensión de sobreviviente a favor de la actora, porque ya fue resulta de fondo y de manera integral por intermedio de las resoluciones n° RDP 6746 del 14 de febrero de 2013, RDP 015802 del 09 de abril de 2013 y RDP 018095 del 22 de abril de 2013.

Se observan en las citadas resoluciones, que no le reconocen el derecho por que la señora Rosa Catalina Torres Orozco, no tiene la calidad de compañera permanente, en razón a que, dentro del cuaderno administrativo, obra partida de matrimonio celebrado con la señora Elvia del Socorro Llamas de Mendoza y no existe constancia de viudez o sentencia de separación de cuerpos del causante y su legítima esposa.

En este punto, estima la Sala que si bien el régimen especial aplicable a los servidores de la Rama Judicial y el régimen general de pensiones, son regímenes diversos, con reglas jurídicas propias, debe decirse que tanto la jurisprudencia constitucional como la del Consejo de Estado han admitido la posibilidad de que a los beneficiarios de un régimen especial le sean

aplicables las disposiciones de naturaleza general, en tanto éstas últimas resulten más favorables a sus pretensiones.

Así las cosas, tal como lo afirmó la entidad demandada en los actos administrativos acusados, que son beneficiarios de la sustitución pensional al cónyuge sobreviviente y a falta de este al compañero o la compañera permanente y que no se admite la calidad de compañera permanente cuando se tenga el estado civil de casado, salvo en los casos de sentencia de separación de cuerpo y que por estar acreditado el matrimonio con la señora Elvia se le concedió.

La tesis anterior regia en la normatividad para la época de fallecimiento del causante; esta fue reevaluada después de la reforma constitucional del 91; Si bien el régimen especial de la Rama Judicial en ese entonces, no permitía compartir la pensión de sobreviviente entre la cónyuge y la compañera permanente, la entrada en vigencia de la Constitución de 1991, cuyo artículo 42 protege la institución familiar surgida tanto del vínculo matrimonial como de la relación marital de hecho, introdujo un cambio significativo en la forma como debe darse aplicación al artículo 132.

Este cambio consiste en que debe reconocerse a la compañera permanente el derecho a la sustitución pensional. Los artículos 13 y 42 de la Constitución Política permiten afirmar la legitimidad de la compañera permanente para reclamar su derecho a la sustitución pensional. Ella goza de los mismos derechos prestacionales que le corresponden a la cónyuge supérstite, posición que fue afirmada por los desarrollos jurisprudenciales posteriores.

El Consejo de Estado, respeto a la igualdad de derechos entre la cónyuge y la compañera permanente ha manifestado que:

“El artículo 42 de la Constitución Política indica que la familia es el núcleo fundamental de la sociedad y que se conforma por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de contraer matrimonio o por la voluntad de conformarla.

Así, la familia en la jurisprudencia de la Corte Constitucional (sentencia C-081 de 1999)), está amparada por un marco de protección que cubre la matrimonial y la extramatrimonial. En efecto la Corte ha indicado que el reconocimiento de la familia extramatrimonial se ha reafirmado por la ley, el derecho comparado y la jurisprudencia, en tanto se “reconocen las diferentes formas de relaciones familiares

extramatrimoniales y ordenan darle un tratamiento igual al que se le otorga a la familia matrimonial”.

En este sentido, en la jurisprudencia constitucional, sobre la unión marital de hecho, se ha precisado que “merece reconocimiento jurídico y social, siempre y cuando acredite los elementos básicos de estabilidad por lo que, es innegable a juicio de la Corte que faltando tan solo formalización de su vínculo conyugal, deban recibir un tratamiento equiparable o semejante por muchos aspectos al que merece la unión conyugal?”

Por su parte la Corte Constitucional en la sentencia C-1126 de 2004, manifestó que *“toda familia constituida por vínculos jurídicos como aquélla constituida por vínculos naturales, es igualmente digna de respeto y de protección por parte del Estado”*, de modo que las normas que excluyen a los compañeros permanentes del derecho a la pensión de sobrevivientes no son compatibles con los artículos 5, 13 y 42 de la Carta Política de 1991.

Así las cosas, en cada caso concreto debe evaluarse si resulta más favorable al peticionario el estudio del reconocimiento pensional con las reglas del régimen especial o con las del general, y así lo han hecho en reiteradas oportunidades la Corte Constitucional y el Consejo de Estado.

En un caso similar al que nos convoca, la administración reconoció el 100% de una sustitución pensional a la cónyuge del causante, desconociendo cualquier derecho que le llegare a corresponder a la compañera permanente, al aplicar en estricto sentido el numeral primero del artículo sexto del Decreto 1160 de 1989, que disponía reconocer la sustitución pensional *“(…) en forma vitalicia al cónyuge sobreviviente y, a falta de éste, al compañero o a la compañera permanente”*. El Consejo de Estado³, luego de hacer un análisis del concepto *“familia”* a la luz de los postulados constitucionales, consideró que no había justicia alguna en privar a la compañera permanente de la proporción prestacional porque, hacerlo, desnaturalizaba los objetivos para los cuales fue creada la pensión de sobrevivientes.

² CONSEJO DE ESTADO - SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - SECCION SEGUNDA. Consejero ponente: GERARDO ARENAS MONSALVE. Bogotá, D.C., doce (12) de febrero de dos mil quince (2015). Radicación número: 11001-03-25-000-2010-00236-00(1974-10). Actor: FERNANDO ANTONIO CHACON LEBRUN. Demandado: GOBIERNO NACIONAL.

³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, abril 22 de 2010, rad. N° 27001-23-31-000-2002-00221-01(1955-07).

Sin embargo, tal y como lo afirma la señora Torrez Orozco en el escrito de la demanda, el Régimen General de Seguridad Social en Pensiones, previsto en la Ley 100 de 1993 consagra en el texto original de su artículo 46, vigente para el momento de la muerte de la señora Elvia, la misma prestación pensional por sobrevivencia, cuyos requisitos resultan ser más favorables a su situación particular, deben ser aplicados en el presente caso.

Teniendo en cuenta lo anterior, es posible afirmar que, excepcionalmente, y cuando se demuestra que sin razón justificada las diferencias surgidas de la aplicación de los regímenes especiales generan un trato desfavorable para sus destinatarios, frente a quienes se encuentran sometidos al régimen común de la Ley 100 de 1993, se configura una evidente discriminación que impone la inaplicación de la normatividad especial, por desconocimiento del derecho a la igualdad consagrado en el artículo 13 de la Constitución Política.

De manera tal, el régimen general, resulta más favorable al no discriminar a ninguna de las beneficiarias de esta prestación.

Bajo estos supuestos, y descendiendo al caso concreto, se observa que conforme a lo dispuesto por el Decreto 1160 de 1989, la señora Rosa Torres, en su condición de compañera permanente, del señor Brigido Mendoza, no tendría derecho al reconocimiento de una prestación pensional de sobreviviente, toda vez que el actor tiene el estado civil de caso con la señora Elvia.

Así las cosas, y teniendo en cuenta que la aplicación del régimen especial antes descrito, da lugar a un trato desfavorable a las pretensiones de la demandante, la Sala estima necesario por vía de excepción aplicar las disposiciones previstas en el artículo 46 de la Ley 100 de 1993, las cuales resultan más beneficiosas a su situación particular, en cuanto logra satisfacer los requisitos exigidos por el citado artículo 46.

Lo anterior, no obstante que causante murió antes de entrada en vigencia de la ley ibídem, esto debido a que fue con la reforma constitucional, donde se equipararon dichos derechos, por lo que el trato discriminatorio que existía

entre la cónyuge y la compañera permanente, desapareció, por la priorización del derecho a la igualdad y a la familia, por lo que, a la luz de la constitución del 91, la diferencia es violatoria a derechos fundamentales, por lo que hay lugar a inaplicar la ley especial por inconstitucional.

Lo anterior debido a que solo después de la expedición de la Constitución Política de 1991⁴, fue que se equipararon los derechos de la compañera permanente con la de la cónyuge.

En efecto, del material probatorio obrante en la foliatura del expediente se tiene que, el señor Mendoza Pérez Brígido, falleció el día 16 de mayo de 1983, de conformidad con el registro civil de defunción, expedido por la Organización Electoral – Registraduría Nacional del Estado Civil. (fl. 30)

Que los señores Torres Orozco Rosa Catalina y Mendoza Pérez Brígido, son padres de Mendoza Torres Diomedes Alfonso, Arleth, Cielo, Catalina de Jesús, José y Brígido, como lo exponen los registros Civiles de nacimiento. (fls. 31-37)

Registro civil de defunción de la señora Llamas de Mendoza Elvia del Socorro, expedida por la Registraduría Nacional del Estado Civil, donde se encuentra consignado que fallecido el día 05 de julio de 2015. (fl. 55)

Expediente administrativo número 004656, donde se evidencia resolución n° 0169 del 7 de febrero de 1986, por medio de la cual se declara post mortem una pensión de jubilación en favor del señor Brígido Mendoza Pérez y sustituir

⁴ SALVAMENTO DE VOTO DEL CONSEJERO CARLOS ARTURO ORJUELA GONGORA A LA SENTENCIA DICTADA EL 18 DE MAYO DE 2.000 EN EL PROCESO N° 1254.- ASUNTOS MUNICIPALES. - ACTORA: JULIA MARINA POTES DE ZAPATA. -

“La Constitución Política de 1991 introdujo una transformación radical en cuanto al concepto de lo que se entiende por familia, por manera que dejó de lado la naturaleza del vínculo -legal o de hecho-, para hacer hincapié en la convivencia común, y en el apoyo y solidaridad entre los integrantes de la pareja y su descendencia. Esto es, que el constituyente no hizo distinción alguna entre cónyuge y compañero o compañera, sino que puso el énfasis en ese aspecto de las relaciones de pareja; a su turno, la ley 100 de 1993 (artículo 47), determina como elemento fundamental para la sustitución pensional la permanencia de la relación misma, por manera que la mujer que acredite haber hecho vida marital con el causante durante los dos últimos años de su existencia tiene vocación para acceder a ese beneficio. En el caso de autos me parece que la situación es clara, en el sentido de que el causante convivió con la señora Marina Herrera durante cerca de treinta (30) años, esto es, que no cabe duda de que era su compañera permanente y quien le prodigaba sus cuidados hogareños y su amor. Es cierto que el causante, por diversas razones, no legalizó la separación de hecho que tuvo durante más de treinta (30) años con la señora Julia Marina Potes, con quien estuvo unido por matrimonio. Sin embargo, es incuestionable que al tenor de las nuevas orientaciones constitucionales y legales con quien tenía un “hogar” y una “familia” al momento de su deceso, era con su compañera permanente, señora Marina Herrera

el derecho a favor de la señora Elvia del Socorro Llamas de Mendoza, efectiva a partir de mayo 17 de 1983. (fls. 122-125)

Testimonios recaudados por el *a-quo* de los señores Teresa de Jesús Palacio de Vásquez, Andrés Zúñiga Villareal, Alfonso Nicolás Gómez Morales e interrogatorio de parte de la actora, donde se extrae que la señora Rosa y el señor Brigido tenían una relación amorosa, que vivían juntos, que tuvieron 9 hijos y que los últimos 5 años de vida del señor fue con la señora Rosa, que la actora dependía económicamente del compañero.

Analizadas las pruebas en su conjunto (salvo las fotografías que no se tienen en cuenta porque su veracidad, fecha, ni las personas que allí aparecen fueron ratificados), se concluye que el causante convivió simultáneamente con las señoras Rosa Catalina Torres Orozco y Elvia del Socorro Llamas de Mendoza, así mismo, tal afirmación se basa con los declarantes cuando manifiestan que el señor Mendoza tenía dos familias, indicando que el causante proveía por el sustento de cada hogar y que existían vínculos de afecto y apoyo en relación con ambas interesadas y las documentales dan entre ver la misma circunstancia, a tal punto que con la actora tuvo 9 hijos y con la otra señora uno (1) y ambas se ocuparon por el causante.

En este orden de ideas, el material probatorio relacionado acredita los supuestos de hecho que exponen las dos señoras para hacerse acreedoras del derecho a la sustitución pensional, pues ambas mantuvieron relaciones de afecto y apoyo mutuo con el causante durante sus últimos años de vida, situación por la cual tienen derecho a acceder a la prestación reclamada.

Ahora bien, el Consejo de Estado⁵ ha referido que en casos de convivencia simultánea entre la cónyuge y la compañera permanente con el causante de la sustitución pensional, es procedente ordenar el reconocimiento prestacional en porcentajes iguales, atendiendo a criterios de justicia e igualdad.

⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, C.P. Dr. Gerardo Arenas Monsalve, Sentencia de 30 de julio de 2009, Radicación No.: 68001-23-15-000-2001-02594-01 (0638-08), Actor: Herminda Florez Jaimes, Demandado: Ministerio de Defensa – Policía Nacional y Otro.

Es así, como la Sala encuentra acreditada la convivencia, de la compañera permanente, señora Rosa Torres Orozco, durante los últimos cinco años de vida del señor Mendoza Pérez (q.e.p.d), que le da derecho a percibir una cuota parte de la pensión frente a la existencia de una sociedad conyugal con la señora Elvia del Socorro Llamas de Mendoza.

En conclusión, hay lugar a declarar la nulidad del acto administrativo demandado, porque la señora Torres Orozco tiene derecho a que se le reconozca **una cuota parte de la pensión** del señor Mendoza, por estar demostrada la convivencia y el apoyo económico por lo menos los últimos cinco (5) años con el occiso y cumplir los requisitos previstos en los artículos 46, 47 literal b, de la ley 100 de 1993 y 13 literal b de la Ley 797 del 2003, para acceder al derecho en su condición de beneficiaria de la pensión de sobrevivientes.

Sin embargo, pese a lo anterior, la que le correspondería una cuota parte fallecido, por lo que el 100% de la pensión de sobreviviente le corresponde a la hoy actora.

Por todo lo anterior por estar conforme a los postulados legales y jurisprudenciales considera esta Sala confirmar la sentencia del *a-quo*.

Costas.

En virtud de lo establecido en el artículo 188 del CPACA, procede la Sala de Decisión a disponer sobre la condena en costas, bajo los términos de liquidación y ejecución previstos en el Código General del Proceso, que en el numeral 1º del artículo 365 dispone que estarán a cargo de la parte "a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación", y de conformidad con el numeral 8 del mismo artículo, según el cual solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron.

Así las cosas, se condenará a la parte demandada – UGPP- al pago de costas que efectivamente se hayan causado por ser está a la que le fue desfavorable el recurso, ordenando al Juzgado su liquidación conforme lo dispuesto en el artículo 366 del C.G.P., incluyéndose en las mismas las agencias en derecho en cual se tasan por el valor del 1% de las pretensiones. De conformidad con el Acuerdo 1887 de 2003 del Consejo Superior de la Judicatura.

Código: FCA - 008 Versión: 02 Fecha: 18-07-2017



SC5780-1-9



DECISIÓN.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Bolívar, Sala de Decisión Oral N° 1, administrando justicia en nombre de la República, y por autoridad de la Ley,

IV. FALLA:

PRIMERO. CONFÍRMASE la sentencia de fecha treinta (30) de octubre de dos mil diecisiete (2017), proferida por el Juzgado Sexto (06) Administrativo del Circuito de Cartagena.

SEGUNDO. Condénese en costas a la parte demandada – UGPP –, liquídense en primera instancia de conformidad con lo considerativa de esta providencia.

TERCERO. Notifíquese esta sentencia, en los términos del artículo 203 de la Ley 1437 de 2011.

CUARTO. DEVUÉLVASE el expediente al juzgado de origen, previo registró en el Sistema Único de Información de la Rama Judicial “Justicia Siglo XXI”.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Se hace constar que la anterior sentencia fue discutida y aprobada por la Sala de Decisión Oral, en sesión de la fecha.

LOS MAGISTRADOS,

ROBERTO MARIO CHAVARRO COLPAS.
(Ponente)

JOSÉ RAFAEL GUERRERO LEAL
Con salvamento de voto

LUIS MIGUEL VILLALOBOS ÁLVAREZ

Código: FCA - 008 Versión: 02 Fecha: 18-07-2017



SC5780-1-9

