



## TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA SECCIÓN SEGUNDA - SUBSECCIÓN "F"

Bogotá D.C., veinte (20) de abril de abril de dos mil veintiuno (2021)

**Magistrado Ponente:** Dr. LUIS ALFREDO ZAMORA ACOSTA

### REFERENCIAS:

**Radicación:** 11001-33-31-707-2011-00047-04  
**Demandante:** **MARIA ESPERANZA CANO DE GARCÍA**  
**Demandado:** CAJA DE PREVISIÓN SOCIAL DE COMUNICACIONES –  
CAPRECOM- hoy UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE  
GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES  
DE LA PROTECCIÓN –UGPP-  
**Medio de Control:** NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
**Controversia:** SUSTITUCIÓN PENSIONAL

Correspondió a la Subsección "F" de la Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en uso de sus facultades legales, el conocimiento para emitir sentencia de segunda instancia dentro del presente proceso, tramitado a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho.

Se procede entonces a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la demandante, contra la sentencia proferida el veintinueve (29) de agosto de dos mil catorce (2014), por el Juzgado Séptimo (7) Administrativo de Descongestión del Circuito Judicial de Bogotá, que negó las pretensiones de la demanda, una vez adelantado el trámite procesal correspondiente.

### I. ANTECEDENTES

La demandante acudió a la Jurisdicción, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, previsto en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, con el fin de que se declare la nulidad del acto administrativo contenido en la Resolución núm. 2423 del 21 de diciembre de 1998, proferido por la **Caja de Previsión Social de Comunicaciones –CAPRECOM-** a través del cual le fue negada la sustitución pensional a la señora **María Esperanza Cano de García**.

Como consecuencia de las anteriores declaraciones, y a título de restablecimiento del derecho, solicitó condenar a la **Caja de Previsión Social de Comunicaciones –CAPRECOM-**, a reconocer y pagar la sustitución pensional a partir del 21 de diciembre de 1998; ii) indexar las mesadas dejadas de pagar iii) reconocer y pagar las costas procesales.

## **1. Hechos y omisiones**

Los hechos en que se apoyan las anteriores declaraciones y condenas se resumen de la siguiente manera:

1.- Manifiesta que a través de Resolución núm. 01968 de 6 de septiembre de 1972, le fue reconocida la pensión de jubilación al señor Eduardo Antonio García Vanegas (Q.E.P.D.) por haber laborado como Telégrafo al servicio de Telecom.

2.- Indica que la señora María Esperanza Cano de García estuvo casada con el señor Eduardo Antonio García Vanegas desde el 23 de junio de 1977, mediante matrimonio católico, el cual se registró en la Notaría Única del Círculo de Concordia (Antioquia), constituyendo así sociedad conyugal.

3.- Señala que producto de su unión matrimonial tuvieron 11 hijos, de los cuales 8 se encuentran vivos y 4 murieron al momento del nacimiento.

4.- Sostiene que el causante de la prestación falleció el día 20 de enero de 1997, como consecuencia de un choque cardiogénico.

5.- Advierte que en ejercicio del derecho de petición, solicitó, ante la entidad demandada el reconocimiento de la sustitución pensional con ocasión de la muerte de su esposo y su calidad de cónyuge superviviente. No obstante, su solicitud fue negada a través de la Resolución núm. 2423 de 21 de diciembre de 1998.

## **2. Normas violadas y concepto de violación.**

Considera la parte demandante como violadas las siguientes disposiciones:

**CONSTITUCIONALES:** artículos 42 y 48 de la Constitución Política;

**LEGALES:** Ley 100 de 1993 y Ley 797 de 2003.

Manifiesta que la pensión de sobrevivientes busca proteger a los familiares de la persona que se encontraba afiliada o pensionada al sistema de seguridad social, cuando fallece.

Indica que el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 12 de la Ley 797 de 2003, establece que para que sea beneficiaria de la sustitución pensional se deben cumplir dos requisitos a saber: (i) acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta la fecha de su muerte; y, (ii) que haya convivencia con el causante de la prestación mínimo 5 años en cualquier tiempo.

Sostiene que la entidad demandada desconoce que la vida marital y la convivencia no son absolutas, puesto que son flexibles en la medida en que se presente la ayuda mutua, el deseo de mantenerse unidas las partes y de consolidar la unidad familiar, tal y como sucedió en el presente caso, pues nunca dejó de existir.

305

Para sustentar lo anterior trae colación jurisprudencia de la H. Corte Suprema de Justicia – Sala Laboral, en la cual se ha manifestado que resulta razonable que por motivos de salud o Fuerza Mayor los cónyuges no puedan estar permanentemente juntos bajo el mismo techo, sin que por ello pueda afirmarse que desaparece la comunidad de vida o la vocación de convivencia entre ambos.

### 3. Contestación de la demanda.

El apoderado de la entidad demandada contestó la demanda y se opuso a la prosperidad de las pretensiones, en los siguientes términos (fl. 42-54):

Indica que el causante radicó diferentes solicitudes las cuales fueron agregadas al expediente administrativo donde manifestó su voluntad respecto que las hijas del primer matrimonio fueran las beneficiarias de su pensión.

Manifiesta que la División de Prestaciones Económicas de la entidad solicitó en comisión a la Seccional de Medellín realizar una diligencia administrativa en compañía de un abogado y una trabajadora social, con el fin de verificar los hechos relacionados con el estudio de la pensión reclamada.

En la diligencia se recepcionaron las declaraciones de diferentes personas, las cuales manifestaron que el señor Eduardo García Vanegas convivió sus últimos años con sus dos hijas del primer matrimonio; que él las sostenía económicamente y que ellas vieron por él en todo momento hasta el día de su muerte.

Cita el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, e indicó que, comoquiera que con las declaraciones allegadas al expediente administrativo se demostró que la demandante se encontraba separada de hecho del señor Eduardo García Vanegas, no le fue reconocida la sustitución pensional.

Finalmente, propuso las siguientes excepciones: falta de jurisdicción y competencia, falta de integración de litisconsorte necesario, prescripción e inexistencia del derecho reclamado.

## II. DECISIÓN JUDICIAL OBJETO DE IMPUGNACIÓN

El Juzgado Séptimo (7) Administrativo de Descongestión del Circuito Judicial de Bogotá, en sentencia proferida el veintinueve (29) de agosto de dos mil catorce (2014), negó las pretensiones de la demanda, con base en los siguientes argumentos (fl.180-209):

En primer lugar, resolvió las excepciones propuestas por la entidad demandada, las cuales no encontró probadas. Posteriormente, realizó un análisis legal y jurisprudencial de la sustitución pensional, para lo cual acudió al contenido del artículo 47 de la Ley 100 de 1993 y la jurisprudencia de la H. Corte Constitucional.

En el estudio del caso concreto, el *a-quo* analizó la totalidad de las pruebas aportadas al expediente, de las cuales concluyó que la demandante no acreditó la totalidad de los requisitos para ser merecedora de la sustitución pensional, pues no se logró acreditar la convivencia efectiva antes del deceso del causante.

Lo anterior por cuanto de los testimonios recaudados concluye el *a-quo* que los deponentes son coincidentes en afirmar que la demandante y el señor Eduardo García Vanegas vivían en lugares diferentes que se hallaban a más de una hora de distancia, ella en una finca en la vereda el *Rumbadero* y él en el pueblo de Concordia (Antioquia), pues acordaron que él residiría en el pueblo por razón de su enfermedad que le impedía desplazarse con facilidad, pero ella lo visitaba en Concordia.

Sin embargo, el Juez de Primera Instancia concluyó que las declaraciones de esos testigos, no dan certeza de la existencia de una "convivencia efectiva" entre la actora y el causante al momento del fallecimiento, toda vez que al preguntárseles sobre las visitas o ayuda entre ellos, los deponentes no indicaron fehacientemente que existiera una relación afectiva de auxilio o apoyo mutuo. Adicionalmente, por ser familiares de la demandante "(...) podrían llegar a ser testigos sospechosos (...)".

También encontró el *a-quo* que la declaración extra juicio rendida por la demandante, en la que afirmó que vivió bajo el mismo techo con el señor Eduardo Antonio García Vanegas, no tiene la capacidad de demostrar la convivencia, por lo que debía acompañarse con otras pruebas que lo demostraran, pues las declaraciones de las partes sólo pueden configurar la prueba de confesión cuando versen sobre hechos que generen consecuencias jurídicas adversas o favorezcan a la parte contraria (artículo 195 del C.P.C.).

Sumado a lo anterior, encontró el juez de primera instancia que el señor Eduardo Antonio García Vanegas (Q.E.P.D.) en diferentes ocasiones solicitó ante Caprecom que al momento de su muerte su pensión fuera transferida a las hijas de su primer matrimonio, ya que eran las personas con las que convivía y quienes velaban por él. Por lo que ante la contundencia del hecho demostrado por esta prueba, era deber de la señora **García de Cano** desvirtuarlo por medio de pruebas que de manera fehaciente llevaran al Despacho al convencimiento de que en realidad a pesar de vivir en lugares diferentes seguía teniendo una relación de pareja, de apoyo y socorro mutuo con el causante hasta el momento de su deceso.

Finalmente, preciso el *a-quo* que las declaraciones extrajudiciales aportadas por el apoderado de la señora Cano de García a folios 126 a 130 del cuaderno principal no pueden ser valoradas, toda vez que no fueron solicitadas ni aportadas en la oportunidad procesal respectiva (demanda o adición) prevista en el artículo 37 del C.C.A. numeral 5, y tampoco fueron decretadas. Además, se insiste; se trata de una prueba sumaria, por lo que para que lleven a un convencimiento razonable frente al hecho que pretenden demostrar, deben respaldarse con otros medios de prueba, los cuales no fueron allegados al proceso.

De acuerdo con lo anterior, el juez de primera instancia concluyó que las pruebas decretadas y practicadas durante el proceso a lo sumo acreditan que la señora María Esperanza Cano de García contrajo matrimonio con el señor Eduardo García y que el vínculo nunca terminó, pero no demuestran de manera cierta, fehaciente e incontrastable, que ellos mantuvieron una convivencia real y efectiva hasta el momento del fallecimiento del causante, pues ni siquiera los medios probatorios practicados permiten establecer de manera clara, concreta y precisa el periodo efectivo de convivencia que tuvieron ellos.

Conforme a lo expuesto el *a-quo* negó las pretensiones de la demanda.

306

### III. RAZONES DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión adoptada en primera instancia, el apoderado de la demandante interpuso recurso de apelación en los siguientes términos (fl. 87-88):

Manifiesta que en el caso que nos ocupa el *a-quo* no realizó una debida interpretación del contenido de los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993, pues la norma no exige una convivencia previa a la muerte del causante si existen hijos del matrimonio.

Señala que no se valoraron en debida forma los testimonios recaudados pues no tiene en cuenta la buena fe de los testigos, además que fue una valoración que hizo el juez y no fue propuesta por la entidad demandada.

Indica que los testigos contestaron con sinceridad y con verdad las preguntas realizadas por el Despacho, luego mal hace el juzgado en desechar tales testimonios, más aun cuando son coincidentes en poner de presente la convivencia simultánea del demandante tanto en el pueblo de Concordia (Antioquia), como en la finca en la que residía la demandante.

El despacho de primera instancia desconoce el hecho que el causante era una persona mayor y que al vivir tan distante del pueblo corría riesgo su salud, por lo que acordaron con su cónyuge que lo mejor era que el viviera en el pueblo (Concordia), con el fin de poder atender cualquier emergencia que se llegara a presentar. En ningún momento hubo vocación de separación, sino que las razones de su distanciamiento se debieron a la Fuerza Mayor.

Conforme a lo expuesto solicita que se analice debidamente el material probatorio aportado, y en consecuencia se revoque la sentencia de primera instancia y en su lugar se acceda a las pretensiones de la demanda.

### IV. ALEGATOS FINALES DE LAS PARTES

Mediante auto del veintiséis (26) de junio de dos mil quince (2015), se corrió traslado a las partes por el término común de diez (10) días para que alegaran de conclusión (fl. 226).

El apoderado de la parte actora en esencia reitera los argumentos expuestos en el recurso de apelación (fl. 227-248), insiste en que no fueron debidamente valoradas las pruebas, así como tampoco se aplicó la jurisprudencia vigente que indica que la convivencia en tratándose de cónyuges puede ser acreditada en cualquier tiempo, para el efecto trae jurisprudencia de la H. Corte Suprema de Justicia.

Por su parte, el apoderado de la entidad demandada guardó silencio y el Ministerio Público no emitió concepto.

### V. CONSIDERACIONES DE LA SALA

En el presente proceso, se debate la legalidad del acto administrativo contenido en la Resolución núm. 2423 del 21 de diciembre de 1998, proferido por la Caja de Previsión

Social de Comunicaciones –CAPRECOM- a través del cual le fue negada la sustitución pensional a la señora **María Esperanza Cano de García**.

### **5.1.- SOBRE LA COMPETENCIA Y LOS LÍMITES DE LA SEGUNDA INSTANCIA**

Prevé el artículo 357 del Código de Procedimiento Civil, aplicable por remisión que autoriza el artículo 267 del Código Contencioso Administrativo, que la apelación se entiende interpuesta en lo desfavorable al apelante, y por lo tanto el superior no podrá enmendar la providencia en la parte que no fue objeto del recurso.

Así las cosas, la Sala procederá a estudiar los argumentos planteados por la demandante en el recurso de apelación.

### **5.3.- PROBLEMA JURÍDICO.**

El problema jurídico por resolver por esta Sala se contrae a establecer si la señora **María Esperanza Cano de García** le asiste razón jurídica para reclamar de CAPRECOM liquidada hoy Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección –UGPP-, la sustitución de la pensión de vejez causada con ocasión del fallecimiento del señor **Eduardo Antonio García Vanegas** (q.e.p.d.).

### **5.4.- ANÁLISIS LEGAL Y JURISPRUDENCIAL APLICABLE AL CASO**

#### **5.4.1.- De la sustitución pensional.**

Sea lo primero señalar que, el ordenamiento jurídico colombiano ha contemplado la sustitución pensional como un mecanismo de seguridad social orientado a proteger, entre otros, a los allegados del titular de una pensión.

La prestación tiene como objeto garantizar a los sobrevivientes, regularmente, al cónyuge supérstite o al compañero o compañera permanente y por supuesto a los hijos, la disposición de unos recursos para su digno sostenimiento en forma tal que el deceso del pensionado o afiliado no signifique una ruptura que afecte la subsistencia del núcleo familiar más próximo del causante; así, la sustitución pensional responde a la necesidad de mantener para sus beneficiarios al menos el mismo grado de seguridad social y económica con que contaban en vida del fallecido, derecho que al desconocerse puede significar la desprotección y total desamparo de los beneficiarios, e incluso la afectación de sus derechos fundamentales.

Se trata entonces de una prestación establecida por el legislador para proteger a los beneficiarios, frente a la contingencia de la muerte del causahabiente y evitar que su deceso ocasione un cambio repentino de las condiciones económicas necesarias para garantizar la subsistencia del respectivo núcleo familiar.

En relación con el tema, la H. Corte Constitucional en la sentencia C – 1094 de 2003, señaló que:

*“(...) Por su parte, el legislador ha dispuesto que el sistema general de pensiones tiene*

por objeto garantizar a la población, el amparo contra las contingencias derivadas de la vejez, la invalidez y la muerte, mediante el reconocimiento de las pensiones y prestaciones que se determinan en ley, así como propender por la ampliación progresiva de cobertura a los segmentos de población no cubiertos con un sistema de pensiones.

La pensión de sobrevivientes constituye entonces uno de los mecanismos instituidos por el legislador para la consecución del objetivo de la seguridad social antes mencionado. La finalidad esencial de esta prestación social es la protección de la familia como núcleo fundamental de la sociedad, de tal suerte que las personas que dependían económicamente del causante puedan seguir atendiendo sus necesidades de subsistencia, sin que vean alterada la situación social y económica con que contaban en vida del pensionado o afiliado que ha fallecido. Por ello, la ley prevé que, en aplicación de un determinado orden de prelación, las personas más cercanas y que más dependían del causante y compartía con él su vida, reciban una pensión para satisfacer sus necesidades (...)"

Ahora bien, en lo que hace a la norma que debe ser aplicada a efectos de resolver sobre la mencionada prestación, el Consejo de Estado, ha reiterado que debe acudir a aquella que se encontraba vigente al momento de la causación del derecho, esto es, del deceso del causante: del afiliado (pensión de sobreviviente) o del pensionado o afiliado con derecho a pensión (sustitución pensional).

Respecto del particular, en el asunto sometido a estudio se advierte que el fallecimiento del señor **Eduardo Antonio García Vanegas** tuvo ocurrencia el día 20 de enero de 1997, en vigencia de la Ley 100 de 1993.

Así de conformidad con los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993, se tiene que, tendrán derecho a la sustitución pensional, entre otros, 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.

Dice el artículo 47 *ejusdem*:

"(...) 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 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, siempre y cuando acrediten debidamente su condición de estudiantes; y, los hijos inválidos si dependían económicamente del causante, mientras subsistan las condiciones de invalidez. Para determinar cuando hay invalidez se aplicará el criterio previsto por el artículo 38 de la Ley 100 de 1993;

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

*d) A falta de cónyuge, compañero o compañera permanente, padres e hijos con derecho, serán beneficiarios los hermanos inválidos del causante si dependían económicamente de éste (...)" (Negrilla y subraya fuera del texto).*

Del contenido de esta norma se extrae que, para el caso del cónyuge o el compañero(a) permanente mayor de 30 años, el único requisito para ser beneficiario de la pensión de sobreviviente de manera vitalicia es "(...) *acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y haya convivido con el fallecido no menos de dos (2) años continuos con anterioridad a su muerte (...)*"; sin que en ningún momento se exija, para ese específico caso, acreditar dependencia económica.

No obstante, debe aclararse que la convivencia de 2 años continuos con anterioridad a la muerte del causante no requiere ser acreditada cuando del vínculo matrimonial se procrearon uno o más hijos con el pensionado fallecido.

#### **5.4.2.- En cuanto a la acreditación del requisito de convivencia con el causante antes de su deceso.**

La H. Corte Constitucional en la sentencia C-081 de 1999 señaló que "(...) *la convivencia efectiva al momento de la muerte del pensionado, 'constituye el hecho que legitima la sustitución pensional (...)*", de modo que es constitucional que se 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, pues acoge un criterio real o material, como lo es la convivencia al momento de la muerte del pensionado, como el supuesto de hecho para determinar el beneficiario de la pensión (...)*"(Negrilla fuera de texto).

Por su parte, el Consejo de Estado en sentencia del 11 de julio de 2019 precisó que en lo que "(...) *concierna al requisito de la convivencia, tal como lo considera la Corte Constitucional, es necesario adelantar su análisis con base en un criterio real o material, es decir que como factor para determinar quién es el beneficiario de la sustitución pensional, se requiere que se encuentre acreditada su convivencia efectiva con el jubilado para el momento de su defunción. Esta convivencia efectiva implica la vocación de estabilidad y permanencia, por lo que, para que proceda el reconocimiento de la sustitución de la pensión no pueden tenerse en cuenta aquellas relaciones que el fallecido pensionado sostuvo durante su vida, y que fueron casuales, circunstanciales, incidentales u ocasionales (...)*"<sup>6</sup>.

Es oportuno señalar que también la Jurisprudencia ha entendido que: "(...) *la convivencia no se refiere, en forma exclusiva, a compartir el mismo techo y habitar junto al otro, sino que los elementos que en mayor medida definen esa convivencia se relacionan con el acompañamiento espiritual, moral y económico y el deber de apoyo y auxilio mutuo. Además de ello, es preciso tener en cuenta el factor volitivo de la pareja de mantener un hogar y tener la vocación y convicción de constituir y mantener una familia (...)*", por ello "(...) *no se desvirtúa el concepto de familia en la separación siempre que ésta obedezca a una causa razonable que la justifique, porque de lo contrario lo que no existiría es esa voluntad de conformar un hogar y tener una comunidad de vida (...)*"<sup>6</sup>.

308

En suma, el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, para el sistema general, establece con claridad que se debe acreditar la convivencia con el causante durante dos (2) años; siendo éste el criterio material determinante para establecer qué persona tiene derecho a la sustitución pensional, exigencia que busca evitar que con base en vínculos adquiridos a último momento y en una convivencia que no tenga el carácter de permanencia, se origine el derecho a sustituir, en forma vitalicia, una prestación.

No obstante, itera la Sala que tal y como lo señala la norma, cuando existen hijos procreados con el pensionado fallecido la norma permite a quien solicita la sustitución pensional de relevarse de acreditar el requisito de convivencia durante los dos (2) años anteriores al fallecimiento del causante.

#### 5.4.3.- Análisis de mérito

Descendiendo al *sub exámine*, recuerda la Sala que en la presente oportunidad la demandante pretende que se le sea sustituida a su favor la pensión que en vida devengaba el señor **Eduardo Antonio García Vanegas** (q.e.p.d.), en razón a que según su dicho acredita los requisitos previstos en el artículo 47 de la Ley 100 de 1993. En efecto, la demandante considera que se dejaron de valorar las pruebas que dan cuenta del cumplimiento de los requisitos en la ley, pues el juez tachó de sospechosos los testimonios y no les dio valor probatorio, adicional a que no tuvo en cuenta los demás medios de prueba aportados, los cuales dan cuenta de la convivencia que a pesar de la distancia subsistía entre la demandante y el causante.

Por su parte la entidad demandada manifiesta que no hay lugar a reconocer la prestación reclamada en razón a que no se acreditaron los requisitos previstos en la ley, para que a la señora **Cano de García** le sea sustituida la pensión que en vida devengaba el señor **Eduardo Antonio García Vanegas** (q.e.p.d.), pues no acreditó la convivencia previa al fallecimiento del causante, y de otra parte, tal y como lo manifestó en distintas solicitudes, el deseo del causante era el de dejarle la prestación a una de las hijas del primer matrimonio, esto es a **María Judith García Hernández**.

Planteado el alcance de la alzada, y a partir de las pruebas recaudadas en el expediente, procede la Corporación a efectuar el análisis crítico que corresponde:

Pues bien, analizadas las pruebas aportadas al plenario se tiene que a través de Resolución núm. 01968 de 6 de septiembre de 1972, le fue reconocida pensión de jubilación al señor Eduardo Antonio García Vanegas (Q.E.P.D.) por haber laborado como Telégrafo al servicio de Telecom. (fl. 125 del cuaderno administrativo).

Se observa que el día 23 de junio de 1977 contrajeron matrimonio católico el señor **Eduardo Antonio García Vanegas (q.e.p.d.)**, y la señora **María Esperanza Cano de García** (fl. 156 del expediente administrativo), y que el vínculo matrimonial se mantuvo hasta la muerte del causante de la prestación, lo que significa que en este caso no hubo divorcio o separación de bienes.

Obra registro civil de defunción del señor **Eduardo Antonio García Vanegas (q.e.p.d.)**, en el que se indica que falleció el día 20 de enero de 1997, como consecuencia de un choque cardiogénico (fl. 32).

La prueba documental hasta ahora relacionada deja en evidencia que para el momento del fallecimiento del señor **Eduardo Antonio García Vanegas (q.e.p.d.)**, la demandante tenía la calidad de cónyuge superviviente, y no obra prueba alguna de la cual se pueda inferir que el vínculo matrimonial hubiera cesado en sus efectos antes del fallecimiento del causante.

También se acredita que del vínculo matrimonial nacieron 11 hijos, de los cuales 8 se encuentran vivos y 3 fallecieron al momento de del nacimiento, lo que permite concluir que la demandante se encontraba relevada de probar la convivencia con el demandante durante los 2 años anteriores al fallecimiento, en virtud de lo señalado en el artículo 47 de la Ley 100 de 1993.

No obstante, debe advertir la Sala que adicional a los 2 años de convivencia antes de la muerte del causante la norma exige acreditar que quien pretende el reconocimiento pensional estuvo haciendo vida marital con el causante antes su muerte.

Sin embargo, la premisa normativa aludida debe ser analizada a la luz de la jurisprudencia estudiada en precedencia, y en consecuencia el requisito de convivencia en tratándose de cónyuge superviviente, no exige que se deba demostrar inmediatamente antes del deceso del causante, pues puede ser demostrada en cualquier tiempo.

Con el objeto de analizar este elemento, es necesario acudir a las pruebas que obran en el expediente de las cuales se concluye lo siguiente:

Se recaudó testimonio de la señora **Luz Irene García Cano** quien es la hija menor de la demandante y del causante, y quien en su declaración refirió lo siguiente:

*"(...) PREGUNTADA: Sírvase indicarle al Despacho si conoce los motivos por los cuales fue citada a declarar y en caso afirmativo sírvase exponerlos CONTESTO: Sí los conozco, el objeto de la citación es porque mi mamá está colocando una demanda por la sustitución pensional contra Caprecom. PREGUNTADA: Sírvase indicar quién es su mamá, y por quién reclama la sustitución pensional. CONTESTO: Mi madre es María Esperanza Cano de García y reclama la sustitución por parte de mi padre fallecido Eduardo García Vanegas. PREGUNTADA: Sírvase indicarle al Despacho, cuál fue la última empresa o entidad en la que prestó sus servicios el señor Eduardo García. CONTESTO: En Caprecom o Telecom. PREGUNTADA: Sírvase indicarle al Despacho con quién vivía el señor Eduardo García al momento de su fallecimiento. CONTESTO: Le voy a contar lo que yo recuerdo. Resulta que, de la finca de mis padres al pueblo, la Concordia, la vereda se llama Rumbadero, hay aproximadamente una hora, una hora y cuarto. En ese momento el camino era de herradura, o sea estaba en muy mal estado. Yo recuerdo que mi papá era una persona muy mayor, de hecho, él le lleva más de 30 años a mi mamá y cuando yo nací él tenía como 70 años ya. Él se enfermó, lo tuvieron que operar, creo que, de una hernia, algo así, posteriormente se fracturó la cadera y por agilidad o por facilidad, se quedó viviendo donde sus hijas, las hijas del primer matrimonio, en Concordia. Recuerdo también que cuando yo me enfermé, yo tuve un problema renal estuve hospitalizada como 6 u 8 meses más o menos, y estuve en tratamiento cinco años, él estuvo pendiente todo ese tiempo. Él bajaba donde mi mamá esporádicamente mientras su salud se lo permitía, y recuerdo pues que él era el que de cierta forma sostenía la casa y los muchos hermanos que tengo. Son recuerdos muy vagos porque yo estaba muy pequeña cuando él estaba en su etapa como más enfermito y todo eso. PREGUNTADA: Sírvase precisar con exactitud, con quién vivía el señor Eduardo García al momento de*

su fallecimiento. CONTESTO: Es que realmente responderle esa pregunta no estoy segura porque yo creo que ellos todavía continuaban con su vida de pareja. Como le digo, yo sé, hasta donde tengo conocimiento, que él estaba donde Judith García, que es mi hermana paterna, en Concordia. Tengo conocimiento que era por problemas de salud, pero no porque hubiese abandonado el hogar. PREGUNTADA: Sírvase indicar al Despacho, en dónde vivía el señor Eduardo García al momento de su fallecimiento, cuánto tiempo llevaba viviendo en ese lugar, y en dónde vivía su señora madre al momento del fallecimiento del señor Eduardo García. CONTESTO: Para mí, el lugar de residencia eran los dos lugares, porque por problemas de salud, él se mantenía o permanecía más tiempo en la casa de Concordia, lo que no quiere decir que ese era su lugar permanente. De tiempos no le se decir, desde que lo operaron de las hernias y que se fracturó la caderita. Mi mamá vivía en la Finca en Rumbadero. PREGUNTADA: Sírvase indicarle al Despacho, en dónde vivía usted al momento del fallecimiento de su padre el señor Eduardo García. CONTESTO: En la finca, en Rumbadero. PREGUNTADA: Sírvase indicarle al Despacho, en dónde vivía usted dice que su padre fue operado de una hernia y cuando se fracturó la cadera. CONTESTO: En la finca. Yo sí empre viví en la finca. PREGUNTADA: Sírvase indicarle al Despacho, en qué época o año fue operado el señor Eduardo García de la hernia, y se fracturó la cadera. CONTESTO: No recuerdo. Sé que lo operaron de eso, sé que se fracturó la cadera, incluso lo de la cadera fue años antes de morir, pero no recuerdo con exactitud. Mi relación con mi papá no era muy buena, incluso yo no preocupaba mucho por él, ni por las cosas de él. PREGUNTADA: Sírvase indicarle al Despacho si lo recuerda, si cuando el señor Eduardo García fue operado, y cuando se fracturó la cadera, usted era menor de edad, o ya había cumplido los 18 años. CONTESTO: Yo era menor de edad. PREGUNTADA: Informó usted a este Despacho que el señor Eduardo García cuando estaba en Concordia, vivía en casa de la señora Judith García. Sírvase indicarle al Despacho si la señora Judith nació estando vigente el matrimonio del señor Eduardo García con la señora Esperanza Cano. CONTESTO: Primero, yo no estoy afirmando que él vivía con Judith, yo tengo conocimiento que él se quedaba en esa casa, por cuestiones de salud. Segundo, creo que Judith, es mayor que mi mamá. Ella es hija de primer matrimonio y él ya era viudo cuando se casó con mi mamá y creo que los hijos ya eran todos mayores. PREGUNTADA: Sírvase indicarle al Despacho si la señora María Esperanza Cano, cuando el señor Eduardo García estaba enfermo donde la señora Judith García en Concordia, iba a visitarlo allí. CONTESTO: Lo que yo recuerdo es que mi mamá me mandaba muchas veces. Yo nunca iba a saludarlo, yo nunca entendí por qué él prefería permanecer allá en por sus problemas de salud, tampoco entendía por qué mis hermanos me decían que él maltrataba demasiado a mi mamá, que la agarraba del cabello y la arrastraba por el corredor. Eso fue creando cierto rencor, a pesar de que yo no lo vi, sí me dio como rabia y rencor con él. Producto de estos maltratos eran ciertas intrigas de la parte de los otros hijos, ellos no querían que mi papá viviera con nosotros. Tengo entendido que ellos (papá y mamá), se veían en la plaza del pueblo, en la parte de abajo, donde había antes un Corantioquia, ahí se mantenía él, como en una cantinita. En la acera de la casa de mi papá en el pueblo, en Concordia, mi mamá, o mi hermano Eduardo o mi hermano Leonardo le iban y le llevaban los cigarrillos a mi papá. PREGUNTADA: Sírvase indicarle al Despacho en dónde pasaba el señor Eduardo García las navidades y festividades de año nuevo. CONTESTO: Antes de enfermarse tanto, sí recuerdo que en algunas estaba con nosotros. Ya después, ya estuvo en Concordia (...)"

De otra parte, se recaudó el testimonio del señor William Alberto García Álvarez quien es sobrino del causante, y quien manifestó:

"(...) PREGUNTADO: Sobre los generales de ley RESPONDIÓ: Mi nombre es WILLIAM ALBERTO GARCÍA ÁLVAREZ, identificado con la C.C. No.19.224.729 de Bogotá: Edad 58 años, Profesión y/o nivel de educación: Cuarto de Bachillerato. Ocupación. Comerciante PREGUNTADO POR EL DESPACHO: Usted conoce las razones por las cuales fue llamado a la presente diligencia. CONTESTO Sí. yo soy tío (sic) de don Eduardo Antonio García Vanegas el señor murió en enero de 1997. La señora esposa María Esperanza Cano de García hizo una solicitud ante Caprecom para que le reconociera su pensión. Caprecom, tengo conocimiento que le negó el derecho en ese entonces. Como ella tenía una hija menor de edad, entonces ellos hicieron las diligencias para que le concedieran el derecho. Caprecom le reconoció la pensión a Luz Irene García hasta el cumplimiento de la mayoría de edad. posteriormente cuando

cumplió la mayoría de edad Caprecom le suspendió la pensión Posteriormente a esta fecha la señora Esperanza solicitó nuevamente la pensión por ser esposa del difunto Eduardo Antonio García, argumentando que el señor nunca vivió los últimos años con la demandante, lo cual es falso, porque en vista de la avanzada edad de don Eduardo García y por encontrarse muy enfermo para ese entonces acordaron que el señor Eduardo se fuera a vivir al pueblo Concordia-Antioquia para estar pendiente de su servicio médico y para acompañar a las hijastras de doña Esperanza. Por ello la señora Esperanza se quedó viviendo en la finca, pero igual la señora del difunto siempre estuvo pendiente de él hasta que el señor falleció. De la relación con doña Esperanza ellos tuvieron hijos, por estos mismos motivos doña Esperanza se quedaba en la finca para poder atender sus quehaceres con la finca y sus hijos y en ningún momento ellos vivieron separados ni hicieron documentos de separación, simplemente porque el señor Eduardo era avanzado en edad le quedaba muy difícil estar en la finca Y también por su asunto de enfermedad. EN ESTE ESTADO DE LA DILIGENCIA SE LE CONCEDE EL USO DE LA PALABRA AL APODERADO DE LA ACTORA: PREGUNTADO: Manifiéstele al Despacho si a usted le consta si la señora María Esperanza Cano de García convivió con el señor Eduardo García Vanegas hasta la fecha de su fallecimiento y en qué circunstancia. CONTESTÓ: Sí, me consta que ella estuvo con él hasta el momento del fallecimiento, aunque ella vivía a la finca iba constantemente al pueblo a ver el estado de su Salud y siempre se preocupó por el hasta el momento en que falleció, y para constancia de esto además de mi declaración hay otras personas que mandaron declaraciones juramentadas que dan fe de mi testimonio. PREGUNTADO: infórmele al Despacho si a usted le consta y si tiene conocimiento de causa de la distancia que existía entre la finca en donde el señor Eduardo García y la señora María Esperanza Cano tenían su domicilio y residencia y el lugar en donde tenía que estar para el tratamiento de su salud. CONTESTÓ: Desde la finca al pueblo hay hora y cuarto de camino de herradura en malas condiciones. Para ese entonces no había carretera Por este mismo motivo doña Esperanza y las hijastras acordaron que era muy conveniente para el señor Eduardo que estuviera por temporadas en el pueblo. PREGUNTADO: Manifiéstele al Despacho si tiene conocimiento al momento de la muerte del señor Eduardo García Vanegas, cuánto tiempo llevaba viviendo en el pueblo Concordia-Antioquia CONTESTÓ: No tengo conocimiento cuanto tiempo vivió en el pueblo PREGUNTADO: Manifieste al Despacho si tiene conocimiento y si le consta si la señora María Esperanza Cano de García visitaba constantemente y con qué frecuencia al señor Eduardo García. CONTESTÓ: Sí. Ella iba a visitarlo periódicamente de la finca iba a Concordia-Antioquia, cada cinco o seis días. EN ESTE ESTADO DE LA DILIGENCIA SE LE CONCEDE EL USO DE LA PALABRA AL APODERADO DE LA ENTIDAD DEMANDADA. PREGUNTADO: Manifiéstele al Despacho si lo sabe la Dirección de la última residencia donde vivió el señor Eduardo García. CONTESTÓ: En Concordia -Antioquia, es un pueblo pequeño. PREGUNTADO: Explíqueme al Despacho cuántas veces frecuentó usted al señor Eduardo García en su último año de vida. CONTESTÓ: Yo no lo fui a visitarlo, pero estaba en constante comunicación con la señora María Esperanza Cano y el señor fallecido. PREGUNTADO: Indíqueme al Despacho si lo sabe, en qué fecha falleció el señor Eduardo García y quién se encargó de organizar y pagar las correspondientes honras fúnebres. CONTESTO: El falleció en enero de 1997, pero el día exacto no lo sé. No estoy enterado quien se hizo cargo de los gastos del entierro PREGUNTADO: Precísele al Despacho si lo sabe con quién convivía el señor Eduardo García a al momentode su fallecimiento. CONTESTO: En el momento de su fallecimiento él convivía con las hijastras de la señora Esperanza Cano. PREGUNTADO: Explíqueme al Despacho si lo sabe, por qué el señor Eduardo García no convivía con María Esperanza Cano al momento de su fallecimiento. CONTESTÓ: Él no convivía con ella porque quedaron en un acuerdo que el señor fallecido debía estar cerca a su servicio médico, ya que era muy distante para que él en esa situación de enfermedad estuviera en la finca. PREGUNTADO: Explíqueme al Despacho si lo sabe por qué nunca dentro del proceso de reclamación de la pensión de sobreviviente el señor Eduardo García nunca se mencionó a la demandante como supuesta beneficiaria de la pensión. CONTESTÓ: Yo considero que como la demandante María Esperanza Cano es una persona analfabeta y no conocía de estos procedimientos no tuvo quien la asesorara. Ella simplemente guardo silencio PREGUNTADO: Precísele al Juzgado por qué le constan los hechos que usted ha relatado en la presente audiencia. CONTESTÓ: Porque yo los distingo a do a Esperanza Cano y a Don Eduardo García mi tío desde hace más de treinta años. PREGUNTADO POR EL DESPACHO: Manifieste cuál era su domicilio para los últimos cinco años de vida del señor Eduardo García. CONTESTÓ: Aquí en Bogotá, pero estaba al tanto de los acontecimientos por vía telefónica PREGUNTADO POR EL

310

DESPACHO: Manifieste si le consta cómo fue la relación y trato de los señores María Esperanza Cano y Eduardo García en los últimos cinco años de vida del señor García. CONTESTÓ: A pesar de que don Eduardo Antonio García era mucho mayor que la señora María Esperanza Cano ellos tenían una buena relación de pareja y de esta relación tuvieron varios hijos. PREGUNTADO POR EL DESPACHO: Manifieste si le consta que la señora María Esperanza Cano cuando visitaba a su esposo en el pueblo le proveía ayuda y colaboración con todo lo relacionado con su enfermedad. CONTESTÓ: Ella le colaboraba con el trabajo de la finca y le llevaba alimentos al pueblo y ella le ayudaba a las hijastras en su problema de salud que tenía PREGUNTADO : Tiene algo que agregar enmendar o complementar de la anterior declaración . CONTESTÓ: No (...)" (Negrilla y subraya fuera del texto).

Del análisis de los testimonios recaudados, se logra evidenciar que en efecto el señor **Eduardo Antonio García** convivió con su cónyuge hasta cuando por problemas de salud tuvo que trasladarse al municipio de Concordia – Antioquia, y permaneció en la casa de las hijas del primer matrimonio para acceder de manera óptima a los servicios de salud que requería.

También se observa que los testigos son coincidentes en afirmar que aun cuando el causante en sus últimos años de vida no convivía bajo el mismo techo con la demandante, lo cierto es que si se veían en el pueblo, pues no solo la demandante le llevaba productos de la finca para su sostenimiento, sino que adicionalmente se veían en el pueblo con sus hijos quienes le llevaban productos (cigarrillos), que él les solicitaba.

En este punto es importante precisar que la afirmación realizada por el *a-quo* respecto a que los testimonios anteriormente expuestos son sospechosos, no encuentra sustento no solo porque en virtud del contenido del artículo 218 del C.P.C.<sup>1</sup>, la tacha de testigo solamente puede ser propuesta por las partes, y en este caso ninguna de las partes lo manifestó, sino porque este tipo de personas (familiares), son quienes pueden dar fe de las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que sucedieron los hechos, por lo que no pueden ser descartados de plano, como lo realizó el juez de primera instancia.

Ahora bien, se advierte que durante el trámite administrativo se allegaron declaraciones extra procesales (fl. 186 -190 y 356-370 del cuaderno administrativo) que dan cuenta de lo siguiente:

• **María Virgelina López Solís**, declaró: *"la señora María Judith es la hija con la que ha vivido el señor Eduardo García Vanegas, y que ha velado en su enfermedad en los últimos años"*.

• **María Esperanza Álvarez Diosa**, quien manifestó: *"la señora María Judith velaba por su padre señor Eduardo García, y era quien le ayudaba en todas sus necesidades"*.

<sup>1</sup> ARTÍCULO 218. TACHAS. Cada parte podrá tachar los testigos citados por la otra parte o por el juez. La tacha deberá formularse por escrito antes de la audiencia señalada para la recepción del testimonio u oralmente dentro de ella, presentando documentos probatorios de los hechos alegados o la solicitud de pruebas relativas a éstos, que se practicarán en la misma audiencia. Si el testigo acepta los hechos, se prescindirá de toda otra prueba.

Cuando se trate de testigos sospechosos, los motivos y pruebas de la tacha se apreciarán en la sentencia, o en el auto que falle el incidente dentro del cual se solicitó el testimonio; en los casos de inhabilidad, el juez resolverá sobre la tacha en la audiencia, y si encuentra probada la causal, se abstendrá de recibir la declaración.

El juez apreciará los testimonios sospechosos, de acuerdo con las circunstancias de cada caso.

• **José Salustiano Castañeda Ramos**, manifestó: *“la señora María Esperanza Cano de García fue casada con el señor Eduardo García, que de esa unión hubo 11 hijos, 3 fallecidos y 8 vivos”*.

• **José Humberto García Hernández**, señaló: *“que conocí personalmente al señor Eduardo García desde hace 40 años y me consta que el fallecido contrajo matrimonio con la señora Esperanza Cano y convivieron juntos bajo el mismo techo hasta el día de su fallecimiento, y de esa unión hay 8 hijos vivos y 3 fallecidos”*.

Sobre las declaraciones extraprocerales, el H. Consejo de Estado ha determinado que no pueden identificarse ni valorarse como prueba testimonial, sin embargo, sí se deben tener en cuenta como pruebas documentales emanadas de terceros, cuya eficacia probatoria debe evaluarse de manera estricta **junto con los demás elementos probatorios**, es decir, que el operador judicial debe valorar este tipo de pruebas sumarias y debe asignarles una eficacia probatoria, según el análisis integral de todo el material probatorio. En síntesis, el H. Consejo de Estado decantó lo siguiente<sup>2</sup>:

*“(...) 1. Si bien es cierto que con anterioridad se ha mantenido que no es procedente otorgarles a dichos medios de convicción la calidad de testimonios, esa circunstancia no impide que se valoren como documentos declarativos emanados de terceros, como pasa a verse.*

*2. No desconoce la Sala que, efectivamente, las declaraciones extrajuicio son solamente pruebas sumarias, en la medida en que la parte contraria no pudo ejercer su derecho de contradicción al momento de la declaración, en la medida en que no fue citado a la misma y, por tanto, no pudo tachar al declarante, solicitar el rechazo de las preguntas realizadas -por improcedentes, superfluas o por insinuar la respuesta-, ni tampoco contrainterrogarlo. (...)*

*4. Sin embargo, las declaraciones extrajuicio también tienen la naturaleza de pruebas documentales, comoquiera que se trata de escritos o impresos de contenido declarativo, definición que se encuadra con lo señalado al respecto en el artículo 251 del Código de Procedimiento Civil (...)*

*6. Ahora bien, este hecho no significa que su admisión, estándar probatorio y valoración deba adelantarse bajo supuestos menos estrictos; por el contrario, la actividad probatoria debe adelantarse con el total cumplimiento de los requisitos exigidos para las pruebas documentales en el capítulo VIII de la sección tercera del libro segundo del Código de Procedimiento Civil. (...)*

*8. Adicionalmente, el juez al valorar los documentos contentivos de las declaraciones extrajuicio debe aplicar las reglas de la sana crítica de un modo aún más riguroso que si estuviera valorando la prueba testimonial respectiva, teniendo en cuenta que existe una menor intermediación entre el administrador de justicia y el medio de convicción. Por ello, debe realizar una lectura integral de todos los elementos contenidos en el escrito, verificar las condiciones personales del autor, así como la coherencia interna de sus dichos, la ciencia del conocimiento que tiene sobre los hechos y la coherencia externa del documento con los demás medios de prueba que obren en el plenario” (Negrilla fuera del texto).*

En concordancia con la citada posición jurisprudencial, la H. Corte Constitucional determinó que no existe una tarifa legal para probar la convivencia, por ende, es posible acreditarla a través de cualquier medio, incluso mediante declaraciones extraprocerales. En efecto la Corte estableció lo siguiente<sup>3</sup>:

*“(...) Sobre el particular, la Corte, en reiterados pronunciamientos, ha precisado que, para efectos de demostrar la existencia de la unión marital de hecho, opera un sistema de libertad probatoria en virtud del cual, dicho vínculo puede acreditarse a través de*

<sup>2</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Subsección B, C.P. Danilo Rojas Betancourth. sentencia de 29 de septiembre de 2015, exp. 37.939.

<sup>3</sup> Corte Constitucional, sentencia T-247 de 2016.

311

*cualquiera de los medios ordinarios de prueba previstos en el CPC, hoy Código General del Proceso, en adelante, CGP. Por consiguiente, al no existir tarifa legal en esta materia, resultan válidos la declaración extrajuicio, el interrogatorio de parte, el juramento, el testimonio de terceros, el dictamen pericial, la inspección judicial, los documentos, los indicios y cualesquiera otros medios que sean útiles para la formación del convencimiento del juez (...)*”.

En ese contexto jurisprudencial, las declaraciones extraprocesales se pueden valorar como una prueba documental emanada de un tercero, **con el carácter de sumaria**, de manera que su eficacia probatoria se debe fijar a partir del análisis conjunto e integral de todo el material probatorio.

Teniendo en cuenta entonces la naturaleza y validez de las declaraciones extraprocesales, la Sala estima que en el presente caso, confrontadas con el resto del material probatorio allegado, se logra establecer la convivencia de la demandante. Si bien no se logra demostrar que la convivencia se presentó en los años anteriores a la fecha de deceso del causante de la prestación, dado que como se observa de las pruebas recaudadas, en ese período convivió con las hijas del primer matrimonio, lo cierto es que sí convivieron con anterioridad a que el demandante enfermara y se hiciera necesario su traslado al municipio de Concordia – Antioquia, y que durante el período que no vivían bajo el mismo techo la demandante viajaba hasta el pueblo con el objeto de llevarle productos de la finca para su consumo.

También encuentra la Sala que a lo sumo la demandante convivió con el accionante un término superior a los 2 años, dado que de acuerdo con las declaraciones y las documentales aportadas al expediente se logra constatar que estuvo embarazada en 11 ocasiones y en la actualidad tiene 8 hijos vivos con el pensionado fallecido, luego el tiempo de convivencia si bien no se probó que ocurrió en los años anteriores al deceso, sí se probó que se generó por lo menos en los primeros años de matrimonio, esto es desde el año 1977 (año del matrimonio).

Ahora bien, en el presente caso debe tenerse en cuenta que la jurisprudencia de la H. Corte Constitucional ha considerado que la separación de la pareja cuando existen circunstancias excepcionales, no desvirtúa el vínculo de apoyo mutuo. Es así como indicó la Corte que:

*“5.2. En la jurisprudencia constitucional, se ha dado por entendido que el referido requisito de convivencia mínima de cinco (5) años previos a la muerte del causante, no implica vivir bajo el mismo techo, siempre y cuando exista una causa justificada para la separación de cuerpos.*

*...la Corte Constitucional decidió tutelar de forma transitoria los derechos de la accionante, y ordenó el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, advirtiendo que en efecto la convivencia entre los cónyuges no se vio interrumpida, aunque no hayan vivido bajo el mismo techo, teniendo en cuenta que la cónyuge demostró su dependencia económica del pensionado; y si bien se encontró que, el causante decidió residir algunos días de la semana en el apartamento de su hijo, ello se debió a las complicaciones de salud y el tratamiento al que se estaba sometiendo. Esta situación implicó para la Corte que no existió una intención fraudulenta por parte de la accionante de acceder a la pensión, sino que por el contrario, le asistía el derecho como compañera supérstite por el cumplimiento de los requisitos legales para ello.*  
(...)

**5.2.4. Dicha decisión, se fundamentó, además de los pronunciamientos hechos por la Corte Constitucional frente a casos similares, como también a partir de algunos pronunciamientos de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia<sup>488</sup>, donde se ha señalado que, “la convivencia entre los cónyuges no desaparece por la sola ausencia física de alguno de los dos, cuando ello ocurre por motivos justificables, como de salud, oportunidades u obligaciones laborales,**

*imperativos legales o económicos, entre otros; concluyendo que, el cónyuge o la compañera o compañero permanente superviviente, tiene derecho a que se le reconozca la pensión de sobrevivientes o la sustitución pensional, aunque no haya convivido bajo el mismo techo con el causante, por una causa justificada, siempre que acredite que se mantuvo hasta el último momento, el afecto, el auxilio mutuo, el apoyo económico y el acompañamiento espiritual propios de la vida en pareja.*

*5.3. En suma, la jurisprudencia ha dado por entendido que, el cónyuge o compañero o compañera superviviente, tiene derecho al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes o de la sustitución pensional, aun cuando no haya habitado bajo el mismo techo del causante hasta el momento de su muerte, **siempre que exista una causa justificada para ello. Es decir, el requisito de convivencia continua**, establecido en el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2013, **no podrá ser analizado en abstracto, sino que es necesario hacer una evaluación de las circunstancias concretas en cada caso. De tal manera, cuando a una persona que se encuentra bajo esas circunstancias se le niega el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes o de la sustitución pensional, por un aparente incumplimiento del requisito exigido por la legislación, se le está violando su derecho fundamental al mínimo vital, si de este reconocimiento depende la materialización de una vida en condiciones dignas**"<sup>4</sup> (Negrilla fuera de texto).*

Conforme a la jurisprudencia en cita y analizadas las pruebas recaudadas, la Sala advierte que se demostró la convivencia, pues si bien existió una separación de la pareja de casados, ello obedeció a circunstancias ajenas a su voluntad y por una causa de fuerza mayor, pues por cuestiones de salud el causante tuvo que radicarse en el municipio de Concordia – Antioquia, para estar cerca del servicio de salud, luego no podemos afirmar válidamente que esa sola circunstancia tiene la capacidad de desconocer la convivencia y vida marital que llevaron la demandante y el causante, pues las pruebas aportadas dan cuenta de otra situación, pues como se observa, la demandante se ocupó de todos los asuntos de finca y proveía alimentos al causante, así como también de la crianza de 8 hijos, de manera que exigir a la demandante que estuviera permanentemente con su esposo le resultaba materialmente imposible.

Adicionalmente, debe tenerse en cuenta que las pruebas documentales y testimoniales recaudadas dan cuenta de la asistencia que la demandante le brindó a su cónyuge, pues de acuerdo con el testimonio recaudado, la demandante visitaba al causante en el pueblo y nunca desatendió sus deberes como esposa en la medida que se lo permitía la distancia entre el pueblo y la vereda *Rumbadero*.

Ahora bien, no desconoce el Despacho que el causante presentó varios escritos ante Caprecom (fl. 502 y 507 del cuaderno administrativo), en los que solicita que la prestación le fuera reconocida a su hija María Judith García por ser ella con quien convivió en los últimos años de vida, sin embargo, la Sala debe aclarar que no hay lugar a reconocer la prestación a los hijos cuando existe cónyuge o compañera permanente, como sucede en este caso.

Adicionalmente, debe indicar la Sala que no es el deseo del causante el que otorga el derecho a obtener la sustitución pensional, sino los requisitos previstos en la ley, que como se observan en el presente caso fueron acreditados por la demandante.

Lo expuesto desvirtúa la tesis del Juez de primera instancia en cuanto consideró que en el presente caso el vínculo matrimonial, y los hijos procreados no eran suficientes para acceder

<sup>4</sup> Sentencia T-245 de 2017.

312

al derecho, pues además del matrimonio se acreditó el requisito de convivencia y/o tiempo de vida marital.

En este orden de ideas, la Sala considera que a diferencia de lo expuesto por el *a quo*, en el presente caso la demandante tiene derecho al reconocimiento de la sustitución de la pensión de su difunto esposo, pues (i) acreditó tener un vínculo matrimonial vigente que se mantuvo hasta el fallecimiento del causante y una relación de apoyo mutuo; (ii) sin embargo, es claro que su relación de apoyo mutuo con el causante nunca cesó y que la convivencia se vio afectada por circunstancias excepcionales y ajenas a su voluntad lo que conlleva concluir que en el caso concreto se debe tener por cumplido el requisito de convivencia, en los términos de la sentencia T-245 de 2017, antes citada

Por último, la Sala advierte que según se indica en el acto administrativo demandado (fl. 30-36) que la demandante elevó la solicitud de reconocimiento prestacional en el año 21 de febrero de 1997, y la fecha de presentación de la demanda es del 12 de mayo de 2011, por lo que entre la fecha de la petición y la presentación de la demanda se presentó un término superior a los 3 años, luego se declararán prescritas todas las mesadas causadas con anterioridad el 12 de mayo de 2008.

En suma, la Sala considera que la pretensión relacionada con el reconocimiento de la sustitución de la asignación de retiro está llamada a prosperar, por lo que se impone revocar la sentencia de primera instancia para en su lugar declarar la nulidad del acto acusado y conceder el derecho reclamado por la demandante.

#### 6.- Costas en segunda instancia

Para finalizar, y de acuerdo con el contenido del artículo 188 del C.P.A.C.A., y el numeral 8 del artículo 365 del C.G.P. la Sala se abstendrá de condenar en costas en esta instancia en razón a que no se encuentran probadas.

En mérito de lo expuesto, el **Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección F**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

#### RESUELVE

**PRIMERO.- REVÓCASE** la sentencia proferida el veintinueve (29) de agosto de dos mil catorce (2014), por el Juzgado Séptimo (7) Administrativo de Descongestión del Circuito Judicial de Bogotá, que negó las pretensiones de la demanda, dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho instaurado por la señora **María Esperanza Cano de García** contra la Caja de Previsión de Comunicaciones –CAPRECOM- liquidada hoy Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección –UGPP-, y en su lugar dispone:

*"(...) PRIMERO: DECLÁRASE la nulidad de la Resolución núm. 2423 del 21 de diciembre de 1998 por medio de la cual se negó la sustitución de asignación de retiro a la señora **María Esperanza Cano de García**, identificada con cédula de ciudadanía número 21.671.606 de Concordia (Antioquia).*

**SEGUNDO:** De conformidad con la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho, CONDÉNASE a la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección –UGPP–, a reconocer y pagar a favor de la señora **María Esperanza Cano de García**, identificada con cédula de ciudadanía número 21.671.606 de Concordia (Antioquia), la sustitución de la asignación de retiro en su calidad de beneficiaria del señor **Eduardo Antonio García Vanegas** (q.e.p.d.), efectiva a partir del 21 de enero de 1997 (día siguiente del fallecimiento del causante), pero con efectos fiscales a partir del 12 de mayo de 2008.

**TERCERO:** Las sumas que resulten en favor de la parte actora, se ajustarán en su valor, dando aplicación a la siguiente fórmula:

$$R = Rh \times \frac{\text{índice final}}{\text{índice inicial}}$$

En donde el valor presente © se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es el valor correspondiente a las diferencias de mesadas dejadas de pagar, por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor, certificado por el DANE (vigente a la fecha de ejecutoria de esta sentencia), por el índice inicial (vigente para la fecha en que debió hacerse el pago).

Es claro que por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará separadamente mes por mes, para cada mesada pensional, teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada uno de ellos.

**CUARTO:** De las sumas a reconocer, la entidad demandada DESCONTARÁ el valor que corresponda a los aportes en salud, liquidados sobre el valor de las mesadas pensionales resultantes.

**QUINTO:** Las anteriores sumas devengarán intereses moratorios a partir de la ejecutoria de esta sentencia, tal como lo prevé el artículo 177 del CCA.

**SEXTO:** NIÉGANSE las demás pretensiones de la demanda, por las razones expuestas.

**SÉPTIMO:** ABSTENERSE de condenar en costas en esta instancia.

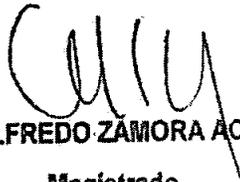
**OCTAVO:** En firme esta sentencia, por Secretaría envíese el proceso al Juzgado de origen, previas las anotaciones de rigor (...).

**SEGUNDO.- ABSTIÉNESE** de condenar en costas en esta instancia.

**TERCERO.-** En firme esta sentencia, por la Secretaría de la Subsección envíese el proceso al juzgado de origen, previa las anotaciones que corresponda.

**Cópiese, notifíquese, devuélvase el expediente al Juzgado de origen y cúmplase.**

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de la fecha.

  
LUIS ALFREDO ZAMORA ACOSTA  
Magistrado

  
PATRICIA SALAMANCA GALLO  
Magistrada

  
BEATRIZ HELENA ESCOBAR ROJAS  
Magistrada





**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA**  
**SECCIÓN SEGUNDA (2)**  
**CONSTANCIA DE EJECUCIÓN**  
**EDICTO**  
 No 10  
 Bogotá, D.C. 04 MAY 2011  
 HAGO CONSTAR que para notificar a las partes  
 la anterior SENTENCIA se fijó el EDICTO en un  
 lugar público de la secretaria, por un término legal.  
 Oficial mayor *[Signature]*

