

**JUZGADO SEGUNDO ADMINISTRATIVO ORAL
CIRCUITO DE SINCELEJO
DISTRITO DE SUCRE**

Sincelejo, treinta y uno (31) de mayo de dos mil dieciséis (2016).

**Medio de Control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Expediente No. 70001 33 33 002 2013 00231 00**

Demandante: TERESA DEL CARMEN PÉREZ MONTERROZA
CC No. 34.986.004

Demandado: UNIDAD ADMINISTRATIVA DE GESTIÓN PENSIONAL Y
PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP.

TEMA: PENSIÓN GRACIA POST-MORTEM- ANALISIS PROBATORIO TESTIMONIAL.

La presente sentencia se emite con ocasión a la prevalencia de medios de control, como de Grupo, tutelas, ejecutivos y demás de Ley que impidieron emitirla con anterioridad.

I. ANTECEDENTES

La Señora TERESA DEL CARMÉN PÉREZ MONTERROZA identificada con la Cédula de Ciudadanía No. 34.986.004 en ejercicio del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho mediante apoderado judicial¹, demandó a la UNIDAD ADMINISTRATIVA DE GESTIÓN PENSIONAL Y PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL- UGPP, para que, previo el trámite señalado en el proceso ordinario contencioso administrativo y con audiencia y citación del representante legal de la Entidad Demandada y también del Señor Agente del Ministerio Público, se hagan las siguientes Declaraciones y Condenas, en Sentencia de Primera Instancia.

i. Breve descripción de la Demanda

PRETENSIONES²

SOLICITUD DE NULIDAD DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS:

PRIMERA: Resolución No. RDP-01150 de fecha 14 de enero de 2013 artículo primero.

SEGUNDA: Resolución No. RDP-020347 de fecha 3 de mayo de 2013 y notificada 7 de junio de 2013.

TERCERA: Resolución No. RDP-022171 de fecha 15 de mayo de 2013 y notificada 7 de junio de 2013.

El primer acto administrativo niega el reconocimiento y pago de la sustitución pensional Post-Mortem a la demandante, en calidad de compañera permanente del Sr. NELSON ALVAREZ GARCÍA (Q.E.P.D). Los dos actos restantes confirmaron

¹ Folio 12 -13 Cuaderno Principal No. 1.

² Folio 2 Cuaderno Principal No. 1.

2013-00231-00 Nulidad y Restablecimiento del Derecho

dicha decisión, el primero de ellos hace referencia al recurso de reposición y el segundo, al de apelación.

SOLICITUD DE RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

CUARTA: Reconocimiento y pago de la Sustitución Pensional Gracia Post-Mortem a la demandante señora TERESA DEL CARMEN PÉREZ MONTERROZA, a partir del 10 de diciembre de 2010 día siguiente al fallecimiento de su compañero permanente. En cuantía de \$542.152,53. Incluyendo las mesadas adicionales desde el día **10 de diciembre de 2011**.

QUINTA: Se reajuste las mesadas adeudadas conforme al IPC, según artículo 190 del C.P.A.C.A. (sic).

HECHOS³

PRIMERO: El señor Nelson Álvarez García (Q.E.P.D.) prestó sus servicios como docente al Municipio de Sincelejo, desde el 8 de junio de 1973 ocupando diferentes plazas posteriormente, en el Departamento de Sucre como fue sucre-sucre, majagual, san Onofre, finalizando su relación laboral con este Departamento el día 30 de diciembre de 2009⁴. Fecha en que por permuta se vincula como docente al Departamento de Córdoba hasta el día de su fallecimiento 9 de diciembre de 2011.

SEGUNDO: Que el Señor Nelson Álvarez García (Q.E.P.D.) tenía reconocida la pensión gracia, que se hizo efectiva desde el 26 de enero de 2009⁵.

TERCERO: Que en los actos administrativos demandados, se niega el reconocimiento y pago de la Pensión Gracia Post-mortem porque en su calidad de compañera permanente, la actora no acreditó 5 años de convivencia anteriores, a la fecha del fallecimiento del Sr Nelson. Basándose en que en la petición inicial los tres testigos precisaron que la convivencia había sido por 4 años y no por el tiempo exigido en la Ley 797 de 2003 -aplicable al momento del fallecimiento-.

Posteriormente, presentan en los recursos surtidos la ampliación y adición de los 3 años, afirmando que habían sido 7 años, la razón dada por los testigos era que no se acordaban de los años que habían convivido los señores.

Dicha afirmación en la actuación administrativa fue causal para el no reconocimiento del tiempo de convivencia entre la actora y el Sr. Nelson, por el tiempo de 5 años exigidos en la Ley 797 de 2003, sin que sea entonces beneficiaria de la pensión gracia post-mortem.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Ley 91 de 1989, Ley 115 de 1994, Ley 33 de 1985 y demás concordantes.

Sentencia Consejo de Estado- Sección Segunda, Subsección A CP Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

CONCEPTO DE VIOLACIÓN

³ Folio 2 - 4 Cuaderno Principal No. 1.

⁴ Folio 25 Cuaderno Principal No. 1.

⁵ Folio 67 vuelto - 68 Cuaderno Principal No. 1.

Con el acto administrativo demandado, se vulnera la dignidad de la demandante, el criterio de favorabilidad / el Pro Operario y el artículo 2,13, 25, 29 y 58 de la C.P. Porque habiendo convivido el tiempo que requería la norma su derecho es menguado y no reconocido. Al efecto, cita las sentencias T-499 de 1999, C-461 de octubre de 1995 M.P. entre otras.

En cuanto a la inclusión en el reconocimiento de todos los factores salariales de esa pensión gracia post-mortem cita la sentencia del 2 de febrero de 2006 del Consejo de Estado y la Sentencia C-836 de 2001, que indican que en reconocimientos pensionales se deberá incluir la totalidad de los factores salariales devengados en el último año de servicios por el Señor Nelson Álvarez.

ii. ACTUACIÓN PROCESAL

La demanda fue presentada el 7 de octubre de 2013⁶.

Es Inadmitida el 23 de octubre de 2013⁷, se presenta escrito tendiente a subsanar.

Se admite la demanda el día 6 de diciembre de 2013⁸.

Se reciben gastos del proceso el día 14 de enero de 2014⁹

Se notifica a los sujetos procesales no demandantes, el día 31 de marzo de 2014¹⁰

Inicia 25 días -art. 612 C.G.P. art. 199 Ley 1437 de 2011-: 31 de marzo de 2014 al 12 de mayo de 2014¹¹.

Inicia 30 días : 13 de mayo de 2014 y finalizó el 25 de junio de 2014¹².

Contestan la demanda: el día 26 de junio de 2014¹³.

Se realiza la audiencia inicial el día 7 de octubre de 2014¹⁴, previa fijación de dicha fecha en providencia precedente.

Posteriormente, se practican las pruebas decretadas el día 20 de mayo de 2015¹⁵.

En dicha audiencia se establece la presentación de alegatos por escrito iniciando el primero día de los diez días, el 21 de mayo de 2015¹⁶.

ii. Breve Descripción de la Contestación de la Demanda¹⁷ y del Concepto del Ministerio Público.

La Entidad solicitada reitera lo dispuesto en los actos administrativos demandados, los cuales, gozan de la presunción de legalidad al no contar la demandante con el término de Ley para acreditar la convivencia con el Sr. Nelson, según la Ley 797 de 2003. Solicita se ratifiquen los testigos y se decrete el interrogatorio de parte.

Por último, el Ministerio Público no presentó concepto al expediente.

iii. Alegatos de Conclusión¹⁸

⁶ Folio 11 y 55 Cuaderno Principal No. 1.

⁷ Folio 58 Cuaderno Principal No. 1.

⁸ Folio 83 - 86 Cuaderno Principal No. 1

⁹Folio 89 Cuaderno Principal No. 1.

¹⁰ Folio 92 - 98 Cuaderno Principal No. 1.

¹¹ Folio 99 Cuaderno Principal No. 1.

¹² Folio 123 Cuaderno Principal No. 1.

¹³ Folio 129 - 134 Cuaderno Principal No. 1.

¹⁴ Folio 149 - 154 Cuaderno Principal No. 1.

¹⁵ Folio 193 - 198 Cuaderno Principal No. 1.

¹⁶ Folio 197 Cuaderno Principal No. 1.

¹⁷ Folio 129 - 134 Cuaderno Principal No. 1.

¹⁸ Folio 199 - 207 Cuaderno Principal No. 1.

2012-00221-00 Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Y

La parte demandante presentó los alegatos, reiterando lo expuesto en su demanda.

La parte demandada no presentó alegatos de conclusión.

II. CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

ESTUDIO DE POSIBLE NULIDAD y SU SANEAMIENTO

Hace referencia a que el término de 30 días para contestar la demanda, se extiende conforme al artículo 612 del C.G.P y demás normas, al 27 de junio de 2014. Fecha en la cual, se encontraba en término la contestación de la demanda y no como se advirtió en la audiencia inicial. Ello con ocasión, a que los 25 días inician su conteo a partir del día siguiente y no desde el mismo día en que se notificaron los sujetos procesales.

Visto ello, se revisa que la contestación reitera lo claramente expuesto en los actos administrativos¹⁹.

En cuanto a la prueba solicitada como testimoniales fueron las mismas solicitadas por la parte actora, luego sería una prueba conjunta. Sin embargo, como se decretó de la parte demandante en la práctica de las testimoniales, conforme el artículo 221 No. 4 del C.G.P igualmente ambas partes tienen el derecho de interrogar por lo que si se remite a la audiencia de pruebas no se configuró una negativa por esta Unidad Judicial, para que el demandado no interrogara a los testigos.

En cuanto a la solicitud a la Gobernación para que se certifique el tiempo de servicio del Sr. Nelson, se establece que el objeto del litigio no es declarar si el Sr. NELSON ÁLVAREZ GARCÍA tiene derecho o no a la pensión gracia, como se determinó en la audiencia inicial cuando se fijó éste, sino por el contrario, si se lee la Resolución Inicial que se demanda claramente se evidencia por la misma Entidad Demandada, que gozaba de esa pensión gracia desde el 26 de enero de 2009 y que el pleito entre las partes recae es sobre la pensión gracia post-mortem a la que tendrá derecho o no, su compañera permanente. Luego, no es pertinente al litigio fijado en la audiencia inicial, con base a la demanda y a los actos administrativos.

En cuanto a la citación para interrogar de parte a la actora. Se analiza que por el comportamiento procesal seguido por la Sra. Teresa y su Apoderado, no se hubiera logrado la confesión en un hecho contrario a lo que pretende, pues insiste en los testigos que evidencian el tiempo de convivencia; así como, en las pruebas obrantes hoy en el proceso y en la propia demanda –las pruebas que aportó con esta demanda- como en sus alegaciones donde reitera que si debe ser declarada como beneficiaria de esa pensión gracia post-mortem.

Por último en la audiencia inicial, donde se establece que la contestación había sido extemporánea como obra en dicha pieza procesal se otorgaron las oportunidades para que la parte actora ejerciera el recurso respectivo o el comportamiento procesal que de acuerdo a ello, escogiera. Al efecto, no recurrió, ni hubo manifestación alguna en contra de dicha decisión²⁰, transcurriendo la audiencia inicial en su presencia y con las restantes etapas propias de la misma.

¹⁹ Folio 129 - 134 Cuaderno Principal No. 1.

²⁰ Folio 149 - 154 Cuaderno Principal No. 1.

2

Por lo que no se vulneró el derecho de defensa del accionado. Además, actuó posteriormente a la declaratoria de extemporaneidad de la contestación de la demanda, produciéndose el fenómeno de saneamiento de la misma (Ley 1564 de 2012, Artículo 136).

Aclarado lo anterior, se establece:

CASO PARTICULAR TÉORICO

En los actos administrativos relacionados en los antecedentes de esta sentencia, se niega el reconocimiento y pago de la pensión gracia post-mortem a la actora, por no haber acreditado el tiempo de convivencia con el Sr. Nelson Álvarez, quien ya gozaba de ella desde el 26 de enero de 2009, según las pruebas y citas anteriormente hechas. Solicita entonces la parte actora, se establezca con la prueba aportada su derecho y se fije el mismo a partir del 10 de diciembre de 2011. Teniendo en cuenta el IPC y la mesada adicional desde el 10 de diciembre de esa anualidad.

Para resolver dicho caso, se allegaron las siguientes pruebas, en legal forma y constitucionalizadas bajo el principio de la tutela efectiva de los derechos en litigio:

PRUEBAS ALLEGADAS

Copia del Registro Civil de Defunción del Sr. NELSON ÁLVAREZ GARCÍA, que aporta el día de su fallecimiento, esto es, el 9 de diciembre de 2011²¹.

Copia del Registro Civil de Nacimiento de la Sra. TERESA PÉREZ MONTERROZA, donde consta que nació el 21 de mayo de 1964 y que para el año 2004 ya tenía la edad de 40 años²².

Copia de las declaraciones extra - juicio del 27 de marzo de 2013, de los Señores:

RAFAEL VALOYS PERALTA VERGARA CC No. 3.992.909

BERLIDES MARQUEZA TOSCANO HERNÁNDEZ CC No. 23.030.210

En la que afirman, que conocieron a los señores Teresa y Nelson como sus vecinos. Los cuales, vivieron 7 años juntos, la señora Teresa dependía económicamente de él y que se vienen a rectificar de lo que habían declarado en la extra juicio hecha el 21 de diciembre de 2011 donde habían dicho que era 4 años. Lo anterior, lo hacían por desconocimiento de los testigos, porque no se acordaban los años que habían convivido los señores²³.

PURA ESTER MARTÍNEZ ALMANZA

Quien afirma que es amiga desde hace rato de la Señora Teresa Pérez Monterroza y que puede dar fe, que convivieron durante 7 años con el Sr. Nelson e incluso de hecho acreditaban en su tienda sus alimentos y dinero prestado y que rectifica la extra juicio de diciembre 21 de 2011, donde había dicho que su convivencia era de 4 años. Lo anterior, lo hace por desconocimiento de la testigo porque no se acordaba los años que habían convivido los señores Teresa Y Nelson²⁴.

DECLARACIÓN EXTRA JUICIO DE LA SEÑORA TERESA PÉREZ MONTERROZA

²¹ Folio 18 Cuaderno Principal No. 1.

²² Folio 19 Cuaderno Principal No. 1.

²³ Folio 20 Cuaderno Principal No. 1.

²⁴ Folio 22 Cuaderno Principal No. 1.

Donde reitera que convivió el tiempo de 7 años hasta la muerte del Sr. Nelson, que estuvo con él, en la habitación 419 de la clínica en Montería hasta cuando murió y que dependía económicamente de El²⁵.

LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS DEMANDADOS, en los que constan que no se acreditó por la actora su tiempo de convivencia conforme a la Ley 797 de 2003, esto es, 5 años puesto que sus testigos indicaron primero 4 y en los recursos afirmaron que fueron 7 años. Lo que no establece a ciencia cierta los 5 años requeridos en la norma, ante la duda que esta contradicción y rectificación ocasionan no siendo aceptada la argumentación que expusieron los anteriores testigos para que se tuviera como válida la rectificación rendida en fecha posterior y presentada en los recursos que se surtieron contra la Resolución Inicial de negativa de su concesión²⁶.

Desprendibles de pago de una pensión de jubilación concedida por el Departamento de Sucre junto con el certificado laboral de empleador para bono pensional, certificado de servicios y factores salariales del año 2003 del Sr. NELSON ALVAREZ GARCÍA²⁷, tiempo de servicios certificado por la Gobernación de Sucre²⁸.

Se aclara que el Recorte de Periódico allegado con la demanda²⁹, se analiza como suministro de documento pero no se tiene como veraz certeramente lo allí señalado al no allegarse la certificación del periódico, ni ratificarse tal información por quien se publicó pero se puede tomar como un indicio contingente y no necesario, del reflejo de una realidad³⁰.

DECLARACIONES JUDICIALES DE LOS SEÑORES³¹ de fecha 20 de mayo de 2015³².

RAFAEL VALOYS PERALTA VERGARA donde manifiesta, que los señores TERESA y NELSON convivían como marido y mujer durante 7 años. El conoció al Sr. Nelson hace 15 años. A El lo conoció solo viviendo con Teresita, incluso vivió unos años en Palmitos pero él no trabajaba ahí y describe que la Señora Teresa se lo llevó para montería por su enfermedad donde falleció y que la Señora en mención, vivió con él hasta el día de su muerte incluso esa Señora Teresa quedó muy mal, porque contaba económicamente con él.

BERLIDES MARQUEZA TOSCANO HERNÁNDEZ

Sustenta que conoce a la Familia de la Señora TERESA DEL CARMÉN PÉREZ MONTERROZA desde hace más de 15 a 20 años y sabe que vivieron 7 años porque ella hablaba mucho con la Señora TERESA y el Señor NELSON. Ellos tenían buena convivencia. Afirma que ellos viven desde hace el 2004 hasta el 2011 cuando fallece el Señor Nelson.

Además, dice que conoció al Señor Nelson sólo desde que empezó a convivir con la Señora Teresa. Desde allí empezó a vivir en el Pueblo San Antonio de Palmitos hasta el día en que se fueron para Montería en el 2005 por su traslado. El era docente, no tenía hijos, ni esposa, su relación era muy buena con la señora Teresa e incluso ella dependía económicamente de El. Por último, contesta frente

²⁵ Folio 21 Cuaderno Principal No. 1.

²⁶ Folio 14 – 35 Cuaderno Principal No. 1.

²⁷ Folio 45 – 46 Cuaderno Principal No. 1.

²⁸ Folio 47 – 49 Cuaderno Principal No. 1.

²⁹ Folio 50 Cuaderno Principal No. 1.

³⁰ JURISPRUDENCIA INDICATIVA. CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN TERCERA. SUBSECCIÓN C, sentencia de junio 1 de 2015.

³¹ Folio 192 DVD.

³² Folio 193 – 198 Cuaderno Principal No. 1.

2012-00231-00 Nulidad y Restablecimiento del Derecho.

J

a lo que sintió la Señora Actora con la muerte del Señor Nelson, describiendo que muy triste y llorando porque su compañero había fallecido.

PURA ESTER MARTÍNEZ ALMANZA

Amigas desde la niñez con la señora Teresa Monterroza, la conocí hace como 15 años. Afirma que hace más de 7 años que conoció al señor Nelson porque le acreditaba la alimentación y dice que la Señora Teresa se lo llevó para montería cuando él se murió. De allí no tuvo más conocimiento porque después se enteró que murió el Sr. Nelson. Informa que el señor Nelson era docente, que vivía con la señora teresa desde el 2004 estuvieron en los palmitos hasta el 2011. Anteriormente ellos vivían pero no sabe si en Montería. Agrega que no le conoció a más nadie de la Señora Teresa, que El falleció y la señora teresa estuvo pendiente de todo. Conoció la relación de los señores Teresa Y Nelson porque la visitaban y hablaban con ella.

ANÁLISIS PROBATORIO Y CONCLUSIÓN DE LO PROBADO

Se establece que el señor Nelson Álvarez García vivió con la Señora Teresa del Carmén Pérez Monterroza durante más de los 5 años exigidos en la norma que le cobija para el reconocimiento de la pensión gracia post-mortem. Ello observando la coherencia y razones de la exposición de la Testigo BERLIDES MARQUEZA TOSCANO HERNÁNDEZ quien a través de su razón y explicación del conocimiento de los hechos, aporta tal información, que respalda lo pretendido por la parte actora en sede judicial.

Esta misma testigo conforme al artículo 40 de la Ley 1437 de 2011 y normas especiales que regulan el trámite pensional seguido por la Entidad, podía haber sido citada por el demandado ante el competente para que aclarará la duda que se tenía sobre el tiempo de convivencia, que inicialmente había señalado en 4 años y que en los recursos afirmaba eran 7 años y así resolver los recursos que se habían interpuesto.

En cuanto a los demás testigos, se observa que la Señora Pura Ester presenta informaciones contrarias en su propia versión como se puede revisar en la transcripción anterior y con el resto de acerbo probatorio pues claramente el Señor Nelson se traslado antes de 2011 para montería por lo que no podía vivir según afirma la misma actora y la Señora Berlides en los Palmitos, pues esta última indica que se fueron para Montería cuando fue trasladado.

Ahora el mismo acto demandado inicial –Resolución RDP 001150 de enero 14 de 2013- da cuenta que el Sr. Nelson obtuvo su pensión gracia teniendo su vinculación con el Departamento de Sucre, en los tiempos allí señalados, que inician desde el 8 de junio de 1973 hasta el 30 de diciembre de 2009³³. Haciéndola efectiva desde el 26 de enero de 2009.

Si verificamos la Testigo BERLIDES con base al Acto Inicial Demandado, se establece que conoce que era docente y que lo habían trasladado para Montería cuando se fueron a vivir a esa ciudad, por su trato con los Señores Teresa y Nelson. En cuanto a la fecha se manifestó que era 2005 aparente contradicción propia del recuerdo de la testigo con el acto administrativo que reconoce la pensión gracia y el cual, fue expuesto en los argumentos de la Resolución RDP 001150 de 2013. Resaltando que la testigo se acuerda de la fecha 2005 es porque había operado un traslado a Córdoba lo que ocurrió en fecha posterior al 30 de diciembre de 2009, ya que ésta fue tenida en cuenta como tiempo de

³³ Folio 25 - 26 Cuaderno Principal No. 1

servicio para reconocer la pensión gracia según se expuso en el acto administrativo 1150 de 2013³⁴.

Sin embargo, dicha aparente equivocación en fecha de la testigo BERLIDES no hace no creíble su versión. Si se observa el hecho que originó el cambio de residencia y domicilio a Montería de los Señores NELSON y TERESA, lo cual, fue conocido por la testigo y que fue el traslado como docente a esa ciudad³⁵.

Es necesario que al momento de valorarse el testimonio se analice lo referente a la Memoria, pues al pasar del tiempo pierde ciertos detalles que en reciente ocurrencia de los hechos pasaron. De allí, se considera que el año citado por la Señora BERLIDES es una equivocación que se puede presentar por la fecha en que ocurrió el traslado a la que se rinde el testimonio de la misma.

En cuanto al Testigo RAFAEL VALOYS PERALTA VERGARA, se establece que conoció a la pareja NELSON Y TERESA y que vivieron juntos unos añitos antes de irsen de los Palmitos para Montería. Precisa que ellos se fueron a Montería por su enfermedad y según menciona conoce hace 15 años al señor Nelson, esto es, lo conoce en el año 2000 – al tomarse la fecha en que se presenta la ratificación del testimonio en sede judicial y se resta dicho número-. Además, conoció de la conviviendo con la señora TERESA, hace 11 años según dice en su declaración judicial, lo que tomado a la fecha de esa declaración judicial, data al año 2004 y afirma que fueron 7 años de convivencia nos da 2011. Sin embargo, la fecha en que afirma el Sr. Rafael se fueron a vivir a montería, que fue por motivo de la enfermedad del Sr. Nelson contradice a la testigo BERLIDES. Arrojando credibilidad lo expuesto por la Sra. BERLIDES por la cercanía y trato que tenía con la pareja, pudiéndose presentar aspectos como la edad del Sr. Rafael de 77 años, que podrían ocasionar por el pasar del tiempo, de los hechos que se le cuestionan pérdida de detalles valiosos para el tiempo en cuestión.

Es por ello, que por la cercanía con la pareja y su relación se tiene como claro lo expuesto por la Testigo BERLIDES.

En conclusión:

Efectivamente acreditaron 7 años de convivencia el Sr. Nelson y la Sra. Teresa y que ella dependía económicamente de éste, como lo afirma la testigo BERLIDES quien expone el trato de cariño y lazos afectivos de techo, mesa y lecho entre ellos incluso que lo atendió hasta el día en que falleció el docente. Aunado a que, obra en el plenario y no fue contradicho que al Sr. Nelson se le reconoció su pensión gracia y que se hizo efectiva desde el 26 de enero de 2009 según el acto inicial demandado, lo cual, no es motivo de litigio.

Ahora es menester aclarar, que el Señor Nelson ha adquirido su status pensional para la fecha de su deceso, pues se evidencia que según la misma Resolución RDP No. 01150 de 2013, el estatus pensional gracia se adquirió el día 26 de enero de 2009 y su deceso como consta en el certificado de defunción fue el día 9 de diciembre de 2011³⁶. Luego es menester afirmar que la norma aplicada en el acto demandado, corresponde al principio de favorabilidad como lo estableció el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, Sentencia de veintidós (22) de septiembre de dos mil once (2011). CP Dra Bertha Lucía Ramírez de Páez, Radicado (2412-10), de donde se extrae que la Ley 91 de 1989 nada señaló respecto de la sustitución en materia de

³⁴ Folio 25 Cuaderno Principal No. 1.

³⁵ DECASTRO GONZALEZ, Alejandro. "El contrainterrogatorio". Bogotá D.C., Librería Jurídica COMLIBROS, 2005, página 469-470.

³⁶ Folio 18 y 25-26 Cuaderno Principal No. 1.

2012-00231-00 Nulidad y Restablecimiento del Derecho

pensión gracia, tampoco excluyó, la aplicación de las normas que regularon en forma general la sustitución pensional, lo anterior, con la finalidad de proteger a los familiares del empleado o docente fallecido que hubiere adquirido dicho derecho.

En este orden de ideas, y tal como se evidencia, el Decreto 1848 de 1969 consagró la sustitución pensional en su artículo 92, señalándose que a la misma tendrían derecho el cónyuge y los hijos menores de 18 años o incapacitados del empleado pensionado.

A su vez, la Ley 33 de 1973 y la Ley 12 de 1975, también consagraron en sus artículos 1º la sustitución pensional, haciéndola extensiva a las viudas que tuvieran derecho a causar una pensión o que ya lo hubieren causado y a las compañeras permanentes, respectivamente.

Posteriormente, las Leyes 44 de 1980, 113 de 1985, 71 de 1988, regularon dicho tema, adicionando requisitos para ser beneficiarios de la sustitución pensional.

Por su parte, el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, afirmó que será beneficiaria en forma vitalicia la compañera permanente, que a la fecha del fallecimiento tenga 30 años o más de edad. En caso de que la pensión de sobrevivencia se cause por muerte del pensionado, la compañera permanente deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y haya convivido con el fallecido no menos de 5 años continuos con anterioridad a su muerte.

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

Si se observa, la demandante acreditó una convivencia que supera los 5 años exigidos por la mencionada norma. Requisito éste que según los actos demandados no fue demostrado en sede administrativa, pero en su citación judicial, se pudo esclarecer su razón el decir de la testigo que con claridad y de acuerdo al restante acervo probatorio presta su mérito para establecer la convivencia entre el Sr. Nelson y la Sra. Teresa durante el tiempo exigido por la norma.

Visto entonces, que el Sr. Nelson ostenta los requisitos para la pensión gracia como lo define el Acto Inicial demandado, es procedente el estudio de la sustitución de dicha pensión gracia y como consecuencia de la declaración es que dicha pensión esta sujeta a los reajustes de Ley. Sin embargo, para la liquidación de ésta se deberá observar los parámetros establecidos normativamente al respecto según Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A. Sentencia del 5 de junio de 2008, MP Dr. Gustavo Gómez Aranguren (2218-07), que menciona el principio de inescindibilidad de la Ley 100 de 1993 para el caso de la liquidación pensional gracia post-mortem, pues la Ley en mención no se puede fraccionar.

Teniendo en cuenta lo anterior, se recuerda el problema jurídico trazado en la audiencia inicial aplicado :

Y

PROBLEMA JURÍDICO

¿La Sra TERESA DEL CARMÉN PÉREZ MONTERROZA probó su convivencia como compañera permanente del Sr. NELSON ALVAREZ GARCÍA (Q.E.P.D), en el término mayor de 5 años al momento de su fallecimiento, para desvirtuar la presunción de legalidad que recae sobre los actos demandados y que negaron su derecho a la Pensión Gracia Post- Mortem del Sr. Nelson Álvarez García?

Sosteniéndose como TESIS AL CASO,

Sí, la Sra TERESA DEL CARMÉN PÉREZ MONTERROZA probó su convivencia como compañera permanente del Sr. NELSON ALVAREZ GARCÍA (Q.E.P.D), en el término mayor de 5 años al momento de su fallecimiento, para desvirtuar la presunción de legalidad que recae sobre los actos demandados y que negaron su derecho a la Pensión Gracia Post- Mortem del Sr. Nelson Álvarez García.

Y bajo el siguiente ARGUMENTO CENTRAL,

Escuchada la declaración de la Sra. Berlides Marqueza Toscano Hernández, en sede judicial donde explica su razón, motivos, circunstancias y demás de conocimiento de los hechos con claridad aunado al restante acerbo probatorio recaudado, se estructuró el tiempo de convivencia exigido en la Ley 100 de 1993 para ser beneficiaria la Señora Teresa Pérez de la Pensión Gracia Post- Mortem. Como bien citó la Corte Constitucional, en una Jurisprudencia Indicativa - Sentencia T-964 de 2001 MP Dra. María Victoria Calle Correa- al Juez Competente le corresponde realizar una justa y eficiente administración de justicia con base al ordenamiento jurídico, con especial énfasis en los Derechos Fundamentales. Ello implica el analizar las disposiciones internacionales y la legislación interna, adoptando todas las medidas necesarias para amparar los derechos de la persona, es tener una visión integral en perspectiva de derechos fundamentales que la Constitución estableció para la función judicial (art. 86, 228, 229 y 230 CN).

Es así, que la ratificación de la testigo BERLIDES MARQUEZA en sede judicial se convierte en una medida necesaria para esclarecer los motivos en litigio, incluso fue solicitado por las partes y permitieron que el Juez pueda apreciar directamente la prueba, para tener certeza sobre sus dichos frente a los hechos relevantes del proceso, garantizándose los principios de publicidad y contradicción que efectivizan los derechos al debido proceso y a la defensa.

Entonces, según se explicó en el análisis del acerbo probatorio, el Sr. Nelson según la Resolución RDP 01150 de 2013 se le halla como titular de la pensión gracia al cumplir los requisitos que de Ley le asisten - Ley 114 de 1913, Ley 116 de 1928, Ley 37 de 1933 entre otras- y convivió con la Sra TERESA DEL CARMEN durante 7 años inmediatamente anteriores a su fallecimiento en diciembre de 2011.

Por lo que, en aplicación del Principio de Favorabilidad, a pesar de ser una pensión especial la pensión gracia a la que tiene derecho el SR. NELSON ALVAREZ, no existe norma especial que prohíba la aplicación de la norma que le favorece a la actora para obtener la pensión gracia post-mortem en mención por la norma general pensional y esta es, la Ley 797 de 2003 artículo 13 que modificó a la Ley 100 de 1993 (Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B. 2011, septiembre 22).

Se recuerda que ante tal declaratoria dicho reconocimiento se atiene a lo establecido a la norma que rige a la pensión de sobreviviente ante el principio de

inescindibilidad, luego se deberá liquidar el derecho pensional en los términos del artículo 21 de la Ley 100 de 1993 concordante con el artículo 48 inciso 2º de la Ley 100 de 1993 – Consejo de Estado, Sección Segunda-Subsección A. Sentencia de junio 5 de 2008 MP Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren (2218-07)-. Asegurando los reajustes de Ley.

Así mismo, al monto de la condena se le aplicará los ajustes del valor mes por mes, en los términos del artículo 187 del C.P.A. C.A. , siguiendo la fórmula tradicional de indexación.

Es de resaltar, que teniendo en cuenta la prescripción trienal de la mesada pensional de la Sra TERESA no se afecta con esta prescripción porque sería para las anteriores al 6 de febrero de 2009, toda vez que la petición de reconocimiento fue presentada en sede administrativa el día 6 de febrero de 2012³⁷ y el deceso ocurrió el día 9 de diciembre de 2011³⁸ , luego se reconocerá a la actora desde el día siguiente del deceso del Sr. NELSON 10 de diciembre de 2011, su derecho incluso la demanda en vía contenciosa se presenta dentro de los 3 años siguientes al fallecimiento, es decir, el 7 de octubre de 2013³⁹.

EN SINTESIS

Se accederá a lo pretendido en la demanda pues la Sra. TERESA DEL CARMEN MONTERROZA cumple con los requisitos establecidos en la Ley 100 de 1993 modificada por la Ley 797 de 2003 para acceder a la pensión de gracia post-mortem.

Teniendo en cuenta, los siguientes **SUBARGUMENTOS**:

Para analizar si la Sra. TERESA DEL CARMEN tiene derecho a lo pretendido, se hará un recuento de la Pensión Gracia.

PENSIÓN GRACIA

La Ley 114 de 1913 estableció, originalmente, la denominada *pensión de jubilación gracia*, en favor de los maestros de las escuelas oficiales de primaria, una pensión nacional por servicios prestados a los departamentos y a los municipios, en tanto no estuvieran recibiendo ninguna otra pensión ni recompensa de carácter nacional.

Posteriormente, el rango de acción de la norma antes mencionada fue ampliado en virtud de la expedición de las Leyes 116 de 1928 y 37 de 1933, que la extendieron a los inspectores de instrucción pública, a los empleados y profesores de las Escuelas Normales y a los docentes de secundaria.

Tales disposiciones fueron derogadas en razón de lo dispuesto por el artículo 15º de la Ley 91 de 1989, que reguló íntegramente el tema de las prestaciones sociales del magisterio, habiendo dispuesto, para el caso que nos interesa, lo siguiente:

ARTÍCULO 15. *A partir de la vigencia de la presente Ley el personal docente nacional y nacionalizado y el que se vincule con posterioridad al 1. De enero de 1990 será regido por las siguientes disposiciones:*

³⁷ Folio 14 Cuaderno Principal No. 1.

³⁸ Folio 18 Cuaderno Principal No. 1.

³⁹ Folio 11 reverso Cuaderno Principal No. 1.

2012-00221-00 Nulidad y Restablecimiento del Derecho

J

1. Los docentes nacionalizados que figuren vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, para efectos de las prestaciones económicas y sociales, mantendrán el régimen prestaciones que han venido gozando en cada entidad territorial de conformidad con las normas vigentes.

Los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1o. de enero de 1990, para efecto de las prestaciones económicas y sociales se regirán por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional, Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978, o que se expidan en el futuro, con las excepciones consagradas en esta Ley.

2. Pensiones:

A. Los docentes vinculados hasta el 31 de diciembre de 1980 que por mandato de las Leyes 114 de 1913, 116 de 1928, 37 de 1933 y demás normas que las hubieran desarrollado o modificado, tuviesen o llegaren a tener derecho a la pensión de gracia, se les reconocerá siempre y cuando cumplan con la totalidad de los requisitos. Esta pensión seguirá reconociéndose por la Caja Nacional de Previsión Social conforme al Decreto 081 de 1976 y será compatible con la pensión ordinaria de jubilación, aún en el evento de estar ésta a cargo total o parcial de la Nación.

B. Para los docentes vinculados a partir del 1. De enero de 1981, nacionales y nacionalizados, y para aquellos que se nombren a partir del 1o. de enero de 1990, cuando se cumplan los requisitos de ley, se reconocerá sólo una pensión de jubilación equivalente al 75% del salario mensual promedio del último año. Estos pensionados gozarán del régimen vigente para los pensionados del sector público nacional y adicionalmente de una prima de medio año equivalente a una mesada pensionar.” (Resaltos por fuera del texto original)

Asimismo, la sentencia C – 084 de 1999⁴⁰, la Corte Constitucional ante la exequibilidad del literal b) del numeral 2 de la Ley 91 de 1989, concluye que el hecho de que la pensión gracia se mantuviera como derecho sólo para los docentes vinculados al servicio con anterioridad al primero (1º) de enero de 1981 no vulneraba el derecho a la igualdad. Para llegar a la anterior declaratoria de exequibilidad, advirtió:

“(…)

3.2.3. La supuesta vulneración al derecho a la igualdad consagrado por el artículo 13 de la Constitución Política por los apartes de la norma acusada, no existe. En efecto, el legislador, conforme a lo establecido por el artículo 150 de la Constitución Nacional, en ejercicio de la función de “hacer las leyes”, que asignaba también al Congreso Nacional el artículo 76 de la Constitución anterior, puede regular lo atinente al régimen prestaciones del Magisterio, como efectivamente lo ha hecho.

La circunstancia de que, en ejercicio de esa función el Congreso Nacional haya preceptuado que la “pensión de gracia” creada por la Ley 114 de 1913 para los maestros oficiales de primaria y extendida luego a otros docentes, sólo se conserve como derecho para quienes estaban vinculados al servicio antes del 1º de enero de 1981 y que no se conceda a los vinculados con posterioridad a esa fecha, no implica desconocimiento de ningún “derecho adquirido”, es decir, no afecta situaciones jurídicas ya consolidadas, sino que se limita, simplemente, a disponer que quienes ingresaron a partir de esa fecha, no tendrán posibilidad de adquirir ese derecho, que constituía una “mera expectativa” la que, precisamente por

⁴⁰ Honorable Corte Constitucional, Sentencia C – 084 de diecisiete (17) de febrero de 1999, Magistrado Ponente: Alfredo Beltrán Sierra.

serlo, podía, legítimamente, ser suprimida por el legislador, pues a nadie se afecta en un derecho ya radicado en cabeza suya de manera particular y concreta, por una parte; y, por otra, si las situaciones fácticas de quienes ingresaron al magisterio oficial antes y quienes ingresaron después del 1º de enero de 1981 no son las mismas, es claro, entonces, que por ser disímiles no exigen igualdad de trato, y que, las consideraciones sobre la antigüedad de la vinculación laboral que se tuvieron en cuenta por el Congreso Nacional al expedir la normatividad cuya asequibilidad se cuestiona, son razones que legitiman lo dispuesto por los apartes del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, objeto de la acusación.”

Posteriormente, en Sentencia C- 489 de 2000⁴¹, al estudiar la exequibilidad del literal a) del numeral 2 de la Ley 91 de 1989 se reiteran los argumentos contenidos en la sentencia C- 084 de 1999.

Pudiéndose, establecer pese a estar derogadas las Leyes 114 de 1913, 116 de 1928 y 37 de 1933, continúan teniendo vigencia en el tiempo, al punto que, como lo destaca la propia Corte Constitucional, se podrán presentar tres tipos de casos, a saber:

- 1. La de quienes obtuvieron el reconocimiento de la pensión antes de la expedición de la Ley 91 de 1989 y la continúan disfrutando;*
- 2. La de quienes reunieron los requisitos para su reconocimiento bajo el imperio del citado conjunto normativo, que no la han reclamado todavía, pero que pueden hacerlo en cualquier momento;*
- 3. La de quienes ya la solicitaron pero su reconocimiento se encuentra en trámite.*

Y agregaríamos dos órdenes de casos más, que resultan de la aplicación del dispositivo antes mencionado que en su momento no valoró la H. Corte Constitucional, como es de los casos extremos siguientes:

- 4. La de quienes no la han solicitado y no se les podría reconocer por no haber cumplido los requisitos del artículo 4º de la Ley 114 de 1913 y normas posteriores, pero que tienen derecho a la misma porque se vincularon a la docencia departamental o municipal antes del 1º de enero de 1981.*
- 5. La de quienes se vincularon a la docencia departamental, municipal, nacional o nacionalizada, con posterioridad al 31 de diciembre de 1980, a los que se les aplica el régimen previsto en la antes mencionada Ley 91 de 1989.*

De lo anteriormente expuesto, queda demostrado, que para ser beneficiario de la pensión gracia, no sólo se requiere haber cumplido veinte años al servicio de la educación y tener cincuenta (50) años de edad, sino que es necesario que para el treinta y uno (31) de diciembre de 1980, el docente estuviera vinculado.

En el caso objeto de estudio no es necesario entrar a analizar si el causante señor NELSON ALVAREZ tenía o no derecho al reconocimiento y pago de la pensión gracia, por cuanto, tal como obra en los actos administrativos demandados del expediente y en la audiencia inicial, esto no es motivo de litigio mediante Resolución No. 01150 de 2013 , se estableció que era titular de dicha pensión

⁴¹Honorable Corte Constitucional, Sentencia C - 489 de cuatro (4) de mayo de 2000, Magistrado Ponente: Carlos Gaviria Díaz.

porque contaba con todos los requisitos.

De esta manera, corresponde analizar, si la señora TERESA DEL CARMEN PEREZ MONTERROZA tiene o no derecho a que la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL –UGPP- le reconozca y pague la PENSIÓN GRACIA POST-MORTEM.

✚ SUSTITUCIÓN PENSIONAL DE LA PENSIÓN GRACIA

El derecho a la sustitución pensional fue instituido como un mecanismo de protección a los familiares del empelado que muere siendo titular de una pensión, para que de esta manera sus familiares gocen del mismo grado de seguridad social y económica con que contarían en vida del fallecido, siendo viable el derecho a la sustitución pensional.

El H. Consejo de Estado, sobre el reconocimiento y pago de la sustitución pensional ha manifestado que si bien la normatividad que reguló la pensión gracia no contempló específicamente la sustitución a los beneficiarios del docente, también es cierto que no la prohibió, ni mucho menos la pérdida con el fallecimiento del docente pensionado o con el derecho ya adquirido, específicamente, el Órgano de Cierre de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo en sentencia del cuatro (4) de marzo de dos mil diez (2010)⁴², señaló:

“...Debe aclararse además que dentro de nuestro ordenamiento legal el régimen de sustitución pensional se consagró como un mecanismo de seguridad social orientado a proteger el núcleo familiar inmediato del empleado que muere siendo titular de una pensión, de manera que éstos gocen del mismo grado de seguridad social y económica con que contarían en vida del fallecido, lo que independiza la viabilidad del derecho a la sustitución pensional de la existencia de aportes para conformar el derecho pensional primigenio.

Ahora, si bien la normatividad especial que regula la pensión gracia no contempló específicamente la sustitución de la misma a favor de los beneficiarios del docente luego de su deceso, lo cierto es que tampoco la prohibió, ni señaló -para quienes lograron obtenerla o gozan de una expectativa válida frente a la misma por virtud del régimen de transición de la Ley 91 de 1989- causal alguna de extinción del derecho, mucho menos su cese o pérdida con ocasión del fallecimiento del pensionado o docente con derecho.

Bajo la motivación precedente se concluye la vocación de sustituibilidad que asiste a la pensión gracia bajo los mismos parámetros legales y criterios aplicables a las pensiones ordinarias, pues si bien su causa jurídica es diferente, estas comparten por voluntad del Legislador la misma naturaleza, y en materia de sustitución, la misma finalidad de amparo a la familia más próxima de quien antes de fallecer adquirió el derecho, de manera pues, que resultan aplicables en tal sentido las normas generales que regulan la materia, vigentes al momento del deceso del docente...”

⁴² Honorable Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del cuatro (4) de marzo de dos mil diez (2010), Consejero Ponente Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, radicado 08001-23-31-000-2006-00004-01(0824-09).

Posteriormente en sentencia del veintisiete (27) de mayo de dos mil diez (2010)⁴³, el Honorable Consejo de Estado, realizó un análisis normativo de las leyes que regularon el tema de la sustitución pensional, indicando específicamente:

“...Normatividad Aplicable

El derecho a la sustitución pensional está instituido como un mecanismo de protección a los familiares del trabajador pensionado, ante el posible desamparo en que puedan quedar por razón de la muerte de éste pues, al ser beneficiarios del producto de su actividad laboral, traducido en la mesada pensional, dependen económicamente de la misma para su subsistencia. Es una protección directa a la familia, cualquiera que sea su origen o fuente de conformación, matrimonio o unión de hecho.

La sustitución pensional fue regulada inicialmente por el artículo 92 del Decreto 1848 de 1969 a favor de la cónyuge y los hijos menores de 18 años o incapacitados para trabajar por razón de estudios o invalidez, del empleado pensionado por invalidez, jubilación o retiro por vejez, quienes tendrían el derecho a percibirla durante los dos años siguientes al fallecimiento del pensionado.

La Ley 33 de 1973, transformó en vitalicias las pensiones de las viudas y de los hijos que sustituían la prestación del empleado fallecido.

La Ley 12 de 1975, en su artículo 1, incluyó como beneficiaria de la sustitución pensional a la compañera permanente del pensionado fallecido con el siguiente tenor literal:

“El cónyuge supérstite o la compañera permanente de un trabajador particular o de un empleado o trabajador del sector público, y sus hijos menores o inválidos, tendrán derecho a la pensión de jubilación del otro cónyuge si este falleciere antes de cumplir la edad cronológica para esta prestación, pero que hubiere completado el tiempo de servicio consagrado para ella en la ley, o en convenciones colectivas”.

La Ley 44 de 1980, estableció el procedimiento de traspaso y pago oportuno de las sustituciones pensionales permitiéndole al pensionado modificar los beneficiarios de la sustitución pensional a través de memorial dirigido a la entidad correspondiente indicando sus nombres y en el parágrafo del artículo 1 dispuso:

“ARTÍCULO 1o. El pensionado oficial que desee facilitar el traspaso de su pensión en caso de muerte a su cónyuge, sus hijos menores o inválidos permanentes, deberá dirigir un memorial en tal sentido a la entidad pagadora, en el cual indique la Resolución que le reconoció la pensión y el nombre de aquel o aquellos, adjuntando las respectivas partidas de matrimonio y de nacimiento, si entre los beneficiarios hay algún inválido permanente, deberá someterlo a examen médico de la entidad para que dictaminen sobre la calidad de la invalidez, o de los médicos que dicha entidad señale, a falta de médicos a su servicio. La solicitud se presentará por duplicado a fin de que un ejemplar se adhiera a la Resolución de pensión y el otro se devuelva al solicitarlo con la constancia de su presentación. PARAGRAFO. El hecho de que el pensionado no hubiera

⁴³ Honorable Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del veintisiete (27) de mayo de dos mil diez (2010), Consejera Ponente Bertha Lucia Ramírez de Páez, radicado 25000-23-25-000-2001-03688-01(8112-05)

revocado antes de su fallecimiento el nombre de su cónyuge, establece en favor de este la presunción legal de no haberse separado de él por su culpa.”.

La Ley 113 de 1985, adicionó la Ley 12 de 1975 en el sentido de entender que es cónyuge supérstite la persona con la que se encuentre vigente el vínculo matrimonial; además, extendió el derecho a la sustitución en los casos en que el empleado fallecido no hubiere sido pensionado aún pero que tuviera los requisitos para ello y también a la compañera permanente.

La Ley 71 de 1988 en su artículo 3, extendió las previsiones sobre sustitución pensional previstas en las normas anteriores a los padres o hermanos inválidos que dependan económicamente del pensionado estableciendo las siguientes condiciones:

“1. El cónyuge sobreviviente o compañero o compañera permanente, tendrán derecho a recibir en concurrencia con los hijos menores o inválidos por mitades la sustitución de la respectiva pensión con derecho a acrecer cuando uno de los dos órdenes tengan extinguido su derecho. De igual manera respecto de los hijos entre sí. 2. Si no hubiere cónyuge o compañero o compañera permanente, la sustitución de la pensión corresponderá íntegramente a los hijos menores o inválidos por partes iguales. 3. Si no hubiere cónyuge supérstite o compañero o compañera permanente, ni hijos menores o inválidos, la sustitución de la pensión corresponderá a los padres. 4. Si no hubiere cónyuge supérstite, compañero o compañera permanente, ni hijos menores o inválidos, ni padres, la sustitución de la pensión corresponderá a los hermanos inválidos que dependan económicamente del causante.”.

A su vez, la Ley 100 de 1993, en su artículo 47, determinó los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, así:

En forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite. En caso de que la pensión de sobrevivencia se cause por muerte del pensionado, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite, deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante por lo menos desde el momento en que este cumplió con los requisitos para tener derecho a una pensión de vejez o invalidez, y hasta su muerte, y haya convivido con el fallecido no menos de dos (2) años continuos con anterioridad a su muerte, salvo que haya procreado uno o más hijos con el pensionado fallecido; b. Los hijos menores de 18 años; los hijos mayores de 18 años y hasta los 25 años, incapacitados para trabajar por razón de sus estudios y si dependían económicamente del causante al momento de su muerte; y, los hijos inválidos si dependían económicamente del causante, mientras subsistan las condiciones de invalidez. c. A falta de cónyuge, compañero o compañera permanente e hijos con derecho, serán beneficiarios los padres del causante si dependían económicamente de éste. d. A falta de cónyuge, compañero o compañera permanente, padres e hijos con derecho, serán beneficiarios los hermanos inválidos del causante si dependían económicamente de éste”. (Aparte tachado inexecutable por la Corte Constitucional en sentencia C-111-06 de 22 de febrero de 2006, M.P. Dr. Rodrigo Escobar Gil).

La norma anterior fue modificada por la Ley 797 de 2003, ampliando el plazo de convivencia exigido a 5 años y reguló, entre otras, las situaciones en que se presenta convivencia simultánea, vigencia de unión de hecho y vínculo matrimonial con separación de hecho, que no es aplicable al sub lite

porque su vigencia es posterior a la fecha de la muerte del causante, 25 de junio de 2000. La normatividad en cita permite, en principio, concluir que la beneficiaria de la pensión será el cónyuge o compañero permanente que demuestre haber convivido con el causante antes de su muerte. En un caso en el que se estudió el otorgamiento de una sustitución pensional...”

Por último en providencia del veintidós (22) de septiembre de dos mil once (2011)⁴⁴, el Máximo Tribunal de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, ratificó su posición, en el sentido de que si bien las normas que regularon la pensión gracia nada consagró sobre la sustitución de la misma, también lo es, que en virtud del principio de favorabilidad, se debían aplicar las normas referentes a la sustitución pensional en general, concretamente señaló:

“...De la sustitución de la pensión gracia

La pensión de jubilación gracia fue establecida en el artículo 1º de la Ley 114 de 1913, en el artículo 6º de la Ley 116 de 1928, y en el artículo 3º, inciso segundo de la Ley 37 de 1933, en favor de los maestros nacionalizados de las escuelas oficiales que hayan servido en el Magisterio por un término no menor de 20 años, como un beneficio especial en materia pensional.

El derecho a la sustitución pensional está instituido como un mecanismo de protección a los familiares del trabajador pensionado, ante el posible desamparo en que puedan quedar por razón de la muerte de éste pues al ser beneficiarios del producto de su actividad laboral, traducido en la mesada pensional, dependen económicamente de la misma para su subsistencia. Es una protección directa a la familia, cualquiera que sea su origen o fuente de conformación, matrimonio o unión de hecho.

El Decreto 224 de 1972, “por el cual se dictan normas relacionadas con el ramo docente”, en su artículo 7º reguló lo relacionado con el reconocimiento de la pensión post mortem así:

“ARTÍCULO 7º.- En caso de muerte de un docente que aún no haya cumplido el requisito de edad exigido para la obtención de la pensión, pero que hubiere trabajado como profesor en planteles oficiales por lo menos diez y ocho (18) años continuos o discontinuos, el cónyuge y los hijos menores tendrán derecho a que por la respectiva entidad de previsión se pague una pensión equivalente al 75% de la asignación mensual fijada para el cargo que desempeñaba el docente al tiempo de la muerte mientras aquel no contraiga nuevas nupcias o el hijo menor cumpla la mayoría de edad y por un tiempo máximo de cinco (5) años. (...)” (Subrayado fuera del texto)
A su vez, la Ley 100 de 1993, en su artículo 47, determinó los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, así:

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

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

⁴⁴ Honorable Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del veintidós (22) de septiembre de dos mil once (2011), Consejera Ponente Bertha Lucía Ramírez de Páez, radicado 05001-23-31-000-2004-04969-01(2412-10).

(...)

Lo anterior teniendo en consideración que el Juez en la interpretación de las normas laborales debe dar privilegio a la equidad y a la justicia, que cobran gran importancia en materia de la sustitución pensional, en la medida en que esta prestación busca reducir los efectos nefastos que origina a un grupo familiar el fallecimiento del trabajador que se encarga del sostenimiento del hogar..."

De la jurisprudencia anteriormente citada, queda claro, que si bien la Ley 91 de 1989 nada señaló respecto de la sustitución en materia de la pensión gracia, también lo es que no la excluyó, razón por la cual, señaló el Honorable Consejo de Estado, para dicho tema se daría aplicación de las normas que regularon en forma general la sustitución pensional, lo anterior, con la finalidad de proteger a los familiares del empleado o docente fallecido que hubiere adquirido dicho derecho.

En evidencia según las citas jurisprudenciales, el Decreto 1848 de 1969 consagró la sustitución pensional en su artículo 92, señalándose que a la misma tendrían derecho el cónyuge y los hijos menores de dieciochos (18) años o incapacitados del empleado pensionado.

A su vez las Leyes 33 de 1973 y 12 de 1975, también consagraron en sus artículos 1º la sustitución pensional, haciéndola extensiva a las viudas que tuvieren derecho a causar una pensión o que ya lo hubieren causado, y a las compañeras permanentes, respectivamente.

Posteriormente las Leyes 44 de 1980, 113 de 1985, 71 de 1988, regularon dicho tema, adicionando requisitos para ser beneficiarios de la sustitución pensional.

Por su parte el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, el cual fue modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, determinó que los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes serían:

Artículo 13. Los artículos 47 y 74 quedarán así:

Artículo 47. Beneficiarios de la Pensión de Sobrevivientes. Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:

a) En forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente o supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga 30 o más años de edad. En caso de que la pensión de sobrevivencia se cause por muerte del pensionado, el cónyuge o la **compañera o compañero permanente** supérstite, deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y haya convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte; **Texto subrayado declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-1094 de 2003.**

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

Declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-1094 de 2003.(...)

Toda vez que, para el momento del fallecimiento del Sr. NELSON ALVAREZ, éste ya había adquirido el status de pensionado, por ende ya era beneficiario de la pensión gracia, y en virtud de la fecha de fallecimiento del antes citado, esto es, 9 de diciembre de 2011, los requisitos que deben analizarse para saber si la parte actora tiene o no derecho a la sustitución pensional, son los consagrados en el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, tal como se procederá a analizar en el caso concreto, más aún cuando, las normas que consagraron la pensión gracia no dispusieron nada con relación a la sustitución pensional, siendo del caso aplicar el régimen general, evitando desde luego tratamiento inequitativos o desfavorables al momento del reconocimiento de la prestación económica, siendo entonces pertinente revisar el cumplimiento de los requisitos en el sub examine.

Lo anterior, se aplicó al caso en concreto en su análisis probatorio y argumento central como obra en ítems anteriores.

PRINCIPIO DE INESCINDIBILIDAD -LEY 100 DE 1993 Y DEMÁS NORMAS APLICABLES DE LA SUSTITUCIÓN DE LA PENSIÓN GRACIA.

Subargumento citado por el Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A. Sentencia de junio 5 de 2008 MP Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, así:

“... PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD EN MATERIA DE PENSIÓN DE SOBREVIVENCIA EN LA JURISPRUDENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO. El principio de favorabilidad se encuentra consagrado en el artículo 53 del Texto Fundamental al siguiente tenor “...situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales del derecho...”; en virtud de este principio ante la coexistencia de dos o más normas distintas, regulando un mismo asunto y vigentes para un mismo caso, se aplica la norma más favorable al trabajador. El límite de este principio consiste en la inescindibilidad o conglobamiento, es decir, no se puede extraer de cada norma lo favorable y armar un nuevo texto; sólo se puede aplicar un régimen normativo en su integridad.

En varios litigios semejantes al sub examine, el Máximo Órgano de lo Contencioso⁴⁵ se ha pronunciado evaluando la pertinencia de inaplicar el artículo 7° del Decreto 224 de 1972 de pensión post mortem, y en su lugar, con base en el principio de favorabilidad e igualdad, dar cabida al artículo 46 del SGSSP erigido por la Ley 100 de 1993. Entre estos, uno de los más ilustrativos se manifiesta en los siguientes términos:

“Así, de la lectura de los dos regímenes estudiados-norma especial y norma general respectivamente-, se observa que aunque la prestaciones allí consagradas comparten la misma naturaleza y previsión, existe una diferencia ostensible en cuanto a los requisitos para acceder a la pensión de sobrevivientes, pues mientras el Decreto 224 de 1972 establece un requisito bastante alto como lo es exigir la prestación del servicio del docente por más

⁴⁵ Consejo de Estado. Sección Segunda, Subsección “B”. C.P. GERARDO ARENAS MONSALVE, en sentencia del 11 de agosto de 2011, con radicado: 63001 23 31 000 2005 00104 01(1510-07) . Subsección “B” C.P. ALEJANDRO ORDONEZ MALDONADO. Sentencia del 21 de julio de 2007, con radicado: 25000-23-25-000-2004-07471-01(229-06). Subsección “A”. C.P. GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN. Sentencia del 5 de julio de 2008, con radicado: : 63001-23-31-000-2002-00963-01(2218-07)

de 18 años, la Ley 100 de 1993 resulta más beneficiosa al requerirse para su obtención tan sólo 26 semanas de cotización.

En este caso, la aplicación preferente del régimen especial contenido en el artículo 7º del Decreto 224 de 1972 sobre el régimen general de la Ley 100 de 1993 que consagra como principios rectores precisamente la universalidad y la solidaridad, conllevaría a una afectación que no se compadece con los dictados de justicia, ni con los criterios de equidad que deben inspirar al Juez en la interpretación de las normas laborales, las cuales en éste caso se encuentran encaminadas dentro del marco constitucional vigente a mitigar los efectos de la viudez o la orfandad y fundamentalmente al amparo del grupo familiar inmediato del trabajador afiliado fallecido, como se expresó en párrafos precedentes.

Ahora, como lo ha señalado esta Sala en casos similares al que se juzga en este proceso, a la excepción en la aplicación de las normas generales, por la existencia de normas especiales que gobiernen un caso concreto, debe recurrirse sólo en tanto la norma especial resulte más favorable que el régimen general;⁴⁶ lo contrario implicaría que una prerrogativa conferida por una Ley a un grupo de personas, se convierta en un obstáculo para acceder a los derechos mínimos consagrados en la Ley para la generalidad, como ocurre en el caso que se examina, en el cual las previsiones contenidas en el artículo 46 de la Ley 100 de 1993 en cuanto a la pensión de sobrevivientes, resultan más favorables que las prestaciones reconocidas a los docentes bajo la misma contingencia, por lo que la definición del asunto no puede conducir a la decisión adoptada por el Ente demandado, que negó la prestación en aplicación de dicho régimen especial.

Sobre el establecimiento de regímenes pensionales especiales, la Corte Constitucional se ha pronunciado, señalando que no puede ser admisible que se excluya a un grupo de pensionados de un beneficio que se otorga a la generalidad del sector.⁴⁷ Si bien, tal pronunciamiento fue hecho a raíz de la mesada pensional contemplada en el artículo 142 de la Ley 100 de 1993 (mesada del mes de junio), los razonamientos que otrora esbozó la Corte resultan perfectamente aplicables al presente caso, en cuanto ellos se refieren a la aplicación de la norma más favorable contenida en el régimen general.

(...)

Ahora, el mismo artículo 288 de la precitada Ley 100 de 1993 desarrolla e imprime en su contenido la aplicación de los principios de favorabilidad e igualdad, al prescribir taxativamente lo siguiente:

“Artículo 288. Aplicación de las disposiciones contenidas en la presente Ley y en Leyes anteriores. Todo trabajador privado u oficial, funcionario público, empleado público y servidor público tiene derecho a la vigencia de la presente

⁴⁶ Sentencias Nos. 2409-01 del 25 de abril de 2002, 1707-02 del 6 de marzo de 2003 y 0880-07 del 22 de mayo de 2008.

⁴⁷ Sentencia C-461 del 12 de octubre de 1995.

2012-00231-00 Nulidad y Restablecimiento del Derecho

J

Ley le sea aplicable cualquier norma en ella contenida que estime favorable ante el cotejo con lo dispuesto en Leyes anteriores sobre la misma materia, siempre que se someta a la totalidad de disposiciones de esta Ley."

De lo anterior se concluye con toda claridad que la finalidad de los regímenes especiales es conceder beneficios legales a grupos determinados de trabajadores y no tornarse en un elemento de discriminación para dificultarles el acceso a los derechos mínimos consagrados en la Legislación para la generalidad, lo cual significa, que si el régimen especial resulta ser menos favorable que la norma general, se impone la aplicación de ésta última, por cuanto la filosofía de las regulaciones especiales es precisamente la búsqueda del mayor beneficio para las personas que regula."⁴⁸ (Subrayas por fuera de texto)

A su vez la Corte Constitucional ha acogido la postura aquí plasmada, es así como en la sentencia C-461 de 1995⁴⁹, la Corte Constitucional se refirió al trato discriminatorio algunas veces ocasionado por la aplicación de las normas contentivas en los regímenes exceptuados de la Ley 100 de 1993, como sucede respecto del personal vinculado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio de acuerdo al artículo 279 ibídem, que exceptúa al personal afiliado al citado Fondo de la aplicación de la mencionada Ley, teniéndose en cuenta que con ello no se desconozca el principio de igualdad.

Finalizando este marco tenemos que el dilema entre régimen general y especial, cuando este último desfavorece al trabajador en comparación con aquél, se lo planteó la Corte Constitucional en el momento de estudiar la constitucionalidad de los sistemas exceptuados, deduciendo finalmente que la justificación válida para estos regímenes, viene dada si con ellos se busca asegurar un nivel de protección si no superior por lo menos igual, por lo cual puede justamente concluirse que cuando los regímenes exceptuados estipulan grados de protección menores al general, vulnerarían la Constitución en su aplicación..."

ANÁLISIS DEL TESTIMONIO Y SU RATIFICACIÓN EN EL TRÁMITE JUDICIAL

La Corte Constitucional en Sentencia T-964 de 2014- Jurisprudencia Indicativa para el presente caso, afirma al resolver una tutela en la Jurisdicción laboral, una regla transversal en la procedibilidad de dicho mecanismo jurídico:

"...La finalidad de la ratificación, es permitir que la persona contra quien se aduce un testimonio recibido fuera del proceso, tenga la oportunidad de controvertir dicha prueba en el proceso. Adicionalmente, la ratificación permite que el juez que conoce de la causa pueda apreciar directamente la prueba, para tener certeza sobre los dichos del testigo frente a los hechos relevantes del proceso. La jurisprudencia autorizada en relación con la ratificación de los testimonios extrajuicio y su valoración dentro del proceso,

⁴⁸ Consejo de Estado. Sección Segunda- Subsección "A"-, Consejero Ponente: GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN, en sentencia del 29 de abril de 2010, en el proceso con radicado 68001-23-15-000-2005-01238-01 (1259-09)

⁴⁹ Sentencia, C-461 de 1995, REF: Expediente N° D-864, Demanda de inconstitucionalidad contra el inciso segundo del artículo 279 (parcial) de la Ley 100 de 1993 "Por la cual se crea el Sistema de Seguridad Social Integral y se dictan otras disposiciones", Magistrado Ponente: Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz, providencia del 12 de octubre de 1995.

2012-00231-00 Nulidad y Restablecimiento del Derecho

determina que frente a la ausencia de esta el juez bien puede: (i) darles el tratamiento de documentos declarativos provenientes de terceros; o bien, (ii) ordenar oficiosamente la ratificación que establece el artículo 229 del Código de Procedimiento Civil, al considerar que resulta necesario el esclarecimiento de los hechos afirmados o negados por las partes, además, para garantizar los derechos de defensa y contradicción de la parte contraria, con lo cual se constituyen en testimonios válidos dentro del proceso. Ambas medidas se armonizan con el respeto de los derechos y garantías de las partes...”.

De allí, la citación de quienes se encontraron en sede administrativa como testigos extrajudiciales, los cuales, deben analizarse teniendo en cuenta, los siguientes aspectos citándose a la Corte Suprema de Justicia – Sala Casación Penal- al ostentar amplio estudio al respecto, dentro de un trabajo de grado de la Universidad del Rosario –Bogotá, 2012:

“...Ahora bien, a manera de profundización, resulta fundamental explicar detalladamente cada aspecto relevante a la hora de realizar una correcta valoración de la prueba testimonial.

A). EDAD: Es evidente e inequívoco que la capacidad del testigo se deriva de su edad, dado que respecto de la misma se desata la veracidad de éste y, asimismo, el mecanismo por el cual es correcto examinar la declaración del sujeto cognoscente y a éste como tal. Así las cosas, es adecuado entrar a distinguir el testimonio del menor y del anciano, con respecto al primero es claro, que su percepción de la realidad es totalmente diferente a la de los adultos, puesto que no tiene la capacidad total de distinguir entre la realidad y aquello que surge de su imaginación, teniendo presente que dicha distinción es adquirible a través del tiempo y crecimiento del menor; de modo que, para algunas personas (tratadistas y psicólogos) resulta irracional tener como verdadero e irrefutable una declaración testimonial de un niño, dado que éste se encuentra ante una imposibilidad de decir la verdad, simplemente porque no logra entenderla⁵⁰⁰.

En contraposición a lo anterior, encontramos que existen otras perspectivas relativas a los aspectos que conforman el testimonio de un menor, por cuanto se entiende o percibe que el niño es una persona ingenua y franca, de forma que al encontrarse en ese periodo de su vida se puede afirmar que no ha llegado a la etapa en que pueda formarse como una persona mentirosa o interesada, en el entendido en que es en éste período de niñez, en el cual el sujeto conserva netamente su integridad. Sin embargo, es importante reconocer que a pesar de lo anterior, el niño puede encontrarse frente al paradójico esquema de una mentira amparada por la buena fe,

⁵⁰ Pie página cita: ⁴⁹ ARENAS SALAZAR, Jorge, “Pruebas penales”, Santafé de Bogotá, D.C, Editorial Librería, Doctrina y Ley, 1ra reimpresión, 1996, páginas 120 a 144.

⁵⁰ GORPHE, Francois, “La crítica del testimonio”, Madrid, Instituto Editorial Reus, Traducción española de la segunda edición francesa de Mariano Ruiz- Funes, Tercera Edición, 1900, Páginas 106 y 108.

⁵¹ ARENAS SALAZAR, Jorge, “Pruebas penales”, Santafé de Bogotá, D.C, Editorial Librería, Doctrina y Ley, 1ra reimpresión, 1996, página 124.

lo cual constituiría un peligro o riesgo para el sistema judicial que busca promover o permitir las pruebas testimoniales evocadas por estos⁵¹.

Actualmente en Colombia, se ha sostenido que toda persona es capaz de rendir un prueba testimonial, sí que exista un límite mínimo o máximo para la edad con la que se pueda declarar, es por esta razón, que toda persona adquiere la obligación de testificar en caso de tener conocimiento sobre algunos hechos materia de investigación judicial.

Por lo anterior, refiriéndonos específicamente a la legislación en materia de procedimiento penal, tenemos que tanto la ley 600 del 2000 y ley 906 de 2004 señala una diferenciación en cuanto al testimonio de menores de doce (12) años, pues en este caso, el menor podrá declarar sin que se le solicite prestar juramento, pues como es bien sabido el juramento corresponde a una figura intimidatoria para que el testigo diga la verdad, por consiguiente dada la condición de inmadurez del menor no se le solicita el mismo pero se le informa que es necesario que declare lo que conoce y con el requerimiento de estar acompañado por su representante legal o por un familiar, asimismo, la ley 906 de 2004 determinó que los menores mayores de doce (12) años y menores de diez y ocho (18) serán tratados sin distinción, es decir como cualquier testigo, por lo que deben prestar juramento.

En razón a lo anterior, la honorable Corte Constitucional manifiesta en sentencia C-118 de 2006 que la distinción respecto de la exoneración u obligación a prestar juramento, radica en la edad del menor, toda vez que los menores de 12 años, son tratados a través de medidas de protección, por lo que no son considerados sujetos de responsabilidad penal, mientras que el legislador ha determinado que los menores mayores de 12 años y menor de 18, si son objeto de responsabilidad penal, de modo que en caso de cometer un punible se les impone como sanción medidas de rehabilitación, que pueden llevar a la reclusión. Teniendo en cuenta que el juramento corresponde a una intimidación al testigo y que en caso de que el deponente incumpla su deber de decir la verdad, incurrirá en una sanción penal, la Corte consideró que la distinción es constitucional, porque de nada vale imponerle a una persona el deber de prestar juramento, si la misma no es susceptible de responsabilidad penal, por lo que no se vulnera el derecho a la igualdad, en el entendido en que los menores de 12 años y los menores mayores de 12 años y menores de 18 están en diferente escenario desde el punto de vista penal.

Por lo expuesto, está demostrado que el testimonio de un menor debe ser analizado detenidamente, pues es un ser humano que hasta ahora se está formando y no comprende la verdad como los adultos, sin embargo este hecho no hace que se le reste credibilidad a su declaración, en el sentido que lo que interesa a la administración de justicia es la fe que inspire el testigo y la manera de actuar y responder a las preguntas realizadas, sin desmeritar su dicho por la edad que tenga.⁵¹²

⁵¹ Pie página cita:

³¹ comúnmente suelen recordar acontecimientos del pasado, pero no logran recordar los hechos recientes, es por lo anterior que la declaración o el testimonio de una persona en estado de decrepitud debe ser analizada

⁵² RODRIGUEZ CH, Orlando, "el testimonio penal y sus errores, su práctica en el juicio oral y público", Bogotá- Colombia, editorial Temis, segunda edición, 2005, paginas 293, 297, 298, 302.

2013-00231-00 Nulidad y Restablecimiento del Derecho.

J

A su vez que el testimonio del menor, la declaración de los ancianos debe ser estudiada con sumo cuidado, pues como es ampliamente conocido, las personas desde su niñez comienzan un desarrollo físico y mental, que empieza a disminuir conforme se va llegando a la vejez, es por tal razón que usualmente los ancianos sufren disminución de sus sentidos, afectaciones en diferentes órganos, fallas en la atención y en la memoria, puesto que especialmente por el funcionario judicial, es decir debe prestarle mucha más atención a esa deposición al momento de realizar la adecuada valoración⁵³.

Asimismo el autor Jorge Arenas Salazar, plantea que el testimonio de los ancianos a lo largo de la historia ha sido el generador de infinidad de errores e injusticias, pues las personas cuando llegan a la vejez pueden presentar alteraciones en su ética, en sus sentidos, en su memoria y aun peor, su salud mental puede estropearse hasta el punto de sufrir de locura senil, por lo que al momento de recepcionar y valorar la declaración de una persona con tales condiciones, se debe hacer el estudio y la crítica de la deposición de forma más estricta y minuciosa de lo normal, pues este tipo de relatos pueden generar un fuerte riesgo para la administración de justicia⁵⁴.

En nuestra legislación penal está permitido tanto el testimonio de los ancianos como el de los menores, pues la ley no hace diferenciación o prohibición con respecto a la edad del testigo, dado que, lo importante de la declaración como tal no es cuantos años tiene el deponente sino, que el mismo goce de plenas facultades mentales y sensoriales, además de que presente un adecuado comportamiento al momento de rendir el testimonio y el grado de credibilidad que genere su relato.

B). LAS CONDICIONES FÍSICAS DEL TESTIGO: al momento de realizar la valoración de la prueba o incluso antes o durante el juicio oral, se deben examinar los diferentes aspectos, habilidades y falencias físicas que presenta el testigo, con el propósito de determinar la credibilidad del mismo, es por tal razón que lo más importante es verificar la sanidad del sentido por el cual el testigo percibió su conocimiento, es decir cómo llegaron a él los hechos materia de su relato.

Es preciso anotar, que el hecho de que una persona que rinde testimonio tenga alguna limitación o afectación física, NO es causal de anulación de su declaración, puesto que, una persona sorda muda que vio alguna situación o un ciego que asegura haber escuchado disparos y gritos, perfectamente están capacitados para exteriorizar ese conocimiento en un estrado judicial, pues no se puede pretender desacreditar un testigo por tener cierta limitación en algún sentido si el sentido con el cual percibió los hechos materia de la prueba testimonial está completamente sano; Mal haría, el fiscal o el defensor, al tratar de eliminar o declarar nulo un testimonio haciendo notoria ante el juez esa discapacidad⁵⁵.

Por otra parte, cuando las limitaciones físicas, son menos notorias, por ejemplo una miopía o un leve problema auditivo, es más difícil para la justicia darse cuenta de dicha situación, más aun cuando en su mayoría los testigos tratan de disimular su disminución. Cuando el testimonio de una persona es primordial para el esclarecimiento de los hechos, y sea necesario hacerle una valoración a sus condiciones físicas, los médicos peritos entraran a examinar y emitir un informe médico legal, mediante el cual le colaboren al juez a determinar si el testigo es creíble o no⁵⁶.

C). ESTADO MENTAL: si bien, es de gran importancia determinar y examinar las

condiciones físicas del testigo, lo anterior pierde relevancia en el evento en que todos sus sentidos se encuentren en perfectas condiciones, pero la persona objeto de prueba testimonial padezca un trastorno mental. Dichos trastornos pueden imposibilitar la capacidad de conocimiento del individuo que lo sufre, de suerte que, a la hora de admitir y valorar un testimonio de un deponente con algún tipo de afectación mental, se deberá determinar el grado de perturbación, para conocer si el mismo, afecta gravemente el proceso de conocer algunos episodios materia de investigación y establecer si el sujeto puede tener la calidad de testigo y si su dicho adquiere credibilidad, además, dicha examinación de la enfermedad sirve para estar al tanto del tipo de padecimiento, es decir si éste es permanente o transitorio, de ser el caso, el juez deberá comprobar que la persona al momento de conocer los hechos se encontraba lucida y al igual se debe asegurar que la misma, estaba totalmente cuerda en la fecha en que se le recepcionó su testimonio⁵⁷.

D). LA MEMORIA: normalmente el recuerdo va desapareciendo conforme pasan los años, lo que no quiere decir que el mismo se anule, sino que se pierden detalles que pueden tener una gran importancia a la hora de esclarecer unos hechos, es por esta razón que siempre se prefiere una prueba testimonial inmediata a la ocurrencia del evento investigado, pues dicha declaración será muy detallada y no se omitirá ninguna circunstancia relevante.

Así mismo, cuando una persona percibió cierta imagen, la misma puede ir desvaneciéndose o volviéndose confusa, hasta el punto que el testigo no logre recordar claramente lo que vio, por lo menos si una persona vio a un hombre vestido de blanco que se encontraba cerca al sitio donde fue hurtado un vehículo, si testifica inmediatamente tendrá presente detalles físicos de esa persona y podrá hacer una descripción de la misma, mientras que si pasa el tiempo, es posible que no logre ni recordar que esa fecha o que ese día vio a un hombre siquiera.

Otro punto importante frente a la memoria del testigo es que cuando transcurre un periodo de tiempo considerable, el deponente tiende a exagerar su visión y muchas veces a crearse o inventarse de buena fe, una situación que en ese momento no la percibió igual o incluso a afirmar con certeza ciertos hechos que al momento de su ocurrencia y de la percepción el mismo tenía dudas al respecto.

Es por lo anterior el aspecto de la memoria del testigo debe ser valorado estrictamente a la hora de otorgarle credibilidad al deponente y realizar la respectiva crítica y estudio de su testimonio, de acuerdo a lo anterior, existen diversas circunstancias que pueden influir en la capacidad de recordación del testigo, como los son las limitaciones físicas, la edad y la educación.⁵²

E. EL TESTIGO SEGÚN SU PROFESIÓN: de acuerdo a la profesión o el oficio algunos sentidos tienden a debilitarse y en ocasiones a vigorizarse, es por esta razón que dependiendo de la profesión que se realice, un testigo puede ser más o menos idóneo, puesto que las labores que tienen que ver con la profesión se convierten en cotidianas, por lo tanto cuando una persona realiza ciertas actividades repetidamente, a la hora de percibir alguna circunstancia similar, la percibe y la memoriza de forma más fácil que una persona que no realiza esa actividad a menudo y por lo tanto no le

⁵² DECASTRO GONZÁLEZ, Alejandro, "El conainterrogatorio", Bogotá D.C., Librería jurídica COMLIBROS, 2005, página 469-470.

llama ningún tipo de atención⁵⁹ .

EL TESTIGO ÚNICO

Anteriormente existía una discusión doctrinal y jurisprudencial sobre la aceptación de la figura del testigo único, dado que algunos autores acogían la tesis antigua de "testis unus, testis nullus", es decir de que cuando existía un testimonio único el mismo debía ser considerado nulo, sin embargo gran número de autores y jurisconsultos se oponían a dicho axioma, aduciendo que el mismo limitaba y desestimaba la labor de valoración de la prueba testimonial por parte de los jueces, de suerte que lo que importaba no era que número de testigos se tenía para comprobar o desestimar ciertos hechos, sino los diferentes aspectos que otorgaban una credibilidad al testigo y a su relato⁷⁰ .

En ese sentido, la honorable Corte Suprema de Justicia acogió, desde hace muchos años, específicamente desde el año 1989, la segunda posición planteada, es decir le otorgó completa validez a la figura del testigo único, señalando lo siguiente: "el grado de veracidad otorgado a un hecho no depende del número de testigos que lo afirman, sino de las condiciones personales, facultades superiores de aprehensión, recordación y evocación del declarante, de su ausencia de intereses en el proceso o de circunstancias que afecten su imparcialidad, y demás particularidades de las que pueda establecerse la correspondencia y verosimilitud de su relato con datos objetivos comprobables."⁷¹

Este testigo único debe analizarse bajos los rigores de la Sana Crítica, su personalidad, sentidos de percepción de los hechos, sus condiciones físicas, mentales, de su memoria, entre otros factores, con el propósito que los mismos le otorguen al Juez un grado de certeza más allá de toda duda respecto de la veracidad del testigo y de su dicho.

Lo anterior, se aplicó a la Testigo Berlides Marqueza Toscano Hernández según se explicó en el análisis probatorio y a los restantes testigos en su momento.

✚ Estos Subargumentos fueron aplicados al acerbo probatorio obrante en el proceso y a lo concluido anteriormente,

De acuerdo a la Síntesis anterior, que encuentra viable la nulidad pretendida se analizará por último,

CONDENA EN COSTAS

En virtud del artículo 188 de la Ley 1437 de 2011 en concordancia con el artículo 365 del C.G.P dispone que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso .

Explicando que las costas se conforman por expensas: como gastos procesales y las agencia en derecho o compensación por los gastos de apoderamiento en que incurrió la parte vencedora.

Por lo que, el Demandado se condenará al pago de las expensas, de acuerdo a la liquidación que hará la Secretaria , de conformidad con el artículo 366 No. 1 del C.G.P. a favor de la Sra. TERESA DEL CARMÉN PÉREZ MONTERROZA .

Asimismo, teniendo en cuenta el Acuerdo 1887 de 2003 modificado por el Acuerdo 2222 de 2003 del Consejo Superior de la Judicatura, se condenará a título de agencias en derecho, a la suma correspondiente al 8 % del valor de las pretensiones reconocidas y a favor de la SEÑORA TERESA DEL CARMÉN PÉREZ MONTERROZA, de acuerdo a la actuación surtida y lo que ocasionó el acudir a la presente jurisdicción por ambas partes.

III. PARTE RESOLUTIVA

En mérito de las consideraciones y antecedentes expuestos, el JUZGADO SEGUNDO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE SINCELEJO, administrando justicia en nombra de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

PRIMERO: DECLARESE LA NULIDAD DE LA RESOLUCIÓN No. RDP 01150 de 2013 en su Artículo Primero, que le niega el reconocimiento de la Pensión Gracia Post- mortem a la Sra. TERESA DEL CARMEN PEREZ MONTERROZA con ocasión al fallecimiento del Señor ALVAREZ GARCÍA NELSON, según se consideró.

SEGUNDO: DECLARESE LA NULIDAD DE LA RESOLUCIÓN No. 020347 de 2013 que al resolver el recurso de reposición confirmó la Resolución No. RDP 01150 de 2013, en lo relacionado con negar el reconocimiento de la Pensión Gracia Post- Mortem a favor de la Sra. TERESA DEL CARMÉN PÉREZ MONTERROZA , según se motivó.

TERCERO: DECLARESE LA NULIDAD DE LA RESOLUCIÓN No. 022171 de 2013 que al resolver el recurso de apelación confirmó la Resolución No. RDP 01150 de 2013, en lo relacionado con negar el reconocimiento de la Pensión Gracia Post-Mortem a favor de la Sra. TERE DEL CARMÉN PÉREZ MONTERROZA, según se argumentó.

CUARTO: A título de RESTABLECIMIENTO, Ordénese al Demandado a reconocer una Pensión Gracia Post-Mortem o pensión de sobrevivientes a la Señora TERESA DEL CARMEN PÉREZ MONTERROZA con CC No. 34.986.004, a partir del 10 de diciembre de 2011 en adelante en los términos y efectos de la Ley 100 de 1993 como se motivó.

QUINTO: Las sumas a que resulte condenada la Entidad Demandada se reajustarán e indexarán, aplicando para ello la fórmula

$$R = RH \times \frac{\text{INDICE PRECIO CONSUMIDOR FINAL}}{\text{INDICE PRECIO CONSUMIDOR INICIAL}}$$

En donde R se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es lo dejado de percibir por la demandante desde el día siguiente a la fecha del fallecimiento del causante, 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.

Por tratarse de pagos de tracto sucesivos, la fórmula se aplicará separadamente, mes por mes, para cada mesada pensional comenzando por la primera mesada pensional que se dejó de devengar y para las demás mesadas teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada una de ellas.

Los intereses se reconocen en los términos del artículo 192 del C.P.A.C.A.

SEXTO: CONDÉNESE EN COSTAS a la parte accionada, de acuerdo a la liquidación secretarial que se elaborará según el artículo 366 de la Ley 1437 de 2011, a favor de la Sra. TERESA DEL CARMÉN PÉREZ MONTERROZA.

CONDENESE AL DEMANDADO a cancelar a favor de la SRA. TERESA DEL CARMÉN PÉREZ MONTERROZA a título de agencias en Derecho, el 8% del valor de las pretensiones reconocidas a favor de la Sra. TERESA DEL CARMEN.

SEPTIMO: Niéguese las demás pretensiones de la demanda.

OCTAVO: DÉSELE cumplimiento a la Sentencia en los términos del artículo 192 y s.s. concordantes de la Ley 1437 de 2011.

NOVENO: Si no fuere apelada esta sentencia, ordénese su archivo y desanotación secretarial en los sistemas de registro utilizados en la rama judicial para este proceso.

NOTIFÍQUESE,


LISSETE MAIRELY NOVA SANTOS
Juez Segundo Administrativo Oral