



JUZGADO TERCERO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE SINCELEJO

Sincelejo, treinta y uno (31) de marzo de dos mil diecisiete (2017).

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho.
Radicación: 70-001-33-33-003-**2014-00019-00**
Demandante: ROSA PATERNINA OSORIO
Demandada: CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE LA POLICÍA NACIONAL

Tema: PENSIÓN SUSTITUTIVA COMPARTIDA

SENTENCIA N° 27

OBJETO DE LA DECISIÓN:

Siguiendo la regla establecida en el art. 179 de la Ley 1437 de 2011, procede el Despacho a dictar sentencia de primera instancia, previa observancia de los presupuestos procesales para esto, ausente causal de nulidad que invalide lo actuado e impedimento procesal.

1. ANTECEDENTES:

1.1. LA DEMANDA:

1.2. PRETENSIONES:

1.2.1. Que se declare la nulidad de la resolución N° 2855 de 24 de mayo 2012, mediante el cual deja pendiente el 50% del total de la prestación, hasta cuando se dirima judicialmente para la sustitución pensional y consecuentemente se disponga lo siguiente

1.2.2. Como consecuencia de la declaración anterior y a título de Restablecimiento de su Derecho Violado, que se condene a la Entidad demandada a reconocer y pagar a la Actora, la sustitución del 50% de la Asignación Mensual de Retiro que legalmente le corresponde en su condición de compañera permanente de quien en vida respondía al nombre de ANÍBAL GARAY VELÁSQUEZ, quien falleció teniendo la condición de pensionado de la Entidad que ahora se demanda.

1.2.3. Que se le aplique a la cónyuge supérstite la sanción contenida en el art. 7° del Decreto 1889 de 1994 Reglamentario de la Ley 100 de 1993 que otorga preferencialmente el derecho

sustitutivo de la pensión al cónyuge sobreviviente, por haber estado separada de cuerpo y convivencia con el Agente fallecido, durante más de cinco años.

1.2.4. Que se le desconozca la condición de compañera permanente a la demandada MARÍA DEL SOCORRO BETANCOURT BERRIO, no solo por no poder acreditar documental o testimonialmente la convivencia con el Agente fallecido, sino porque ella misma bajo la gravedad de juramento, en prueba que se aporta, manifestó que ella no era la compañera permanente del Sr. GARAY VELÁZQUEZ sino que ella reconocía como tal a mi mandante, Sra. ROSA MARGARITA PATERNINA OSORIO.

1.2.5. Que se condene a la Entidad demandada, a pagar a la Actora. en forma indexada y con los aumentos habidos por disposición legal, las mesadas pensionales sustitutivas atrasadas del 50% de la Asignación Mensual de Retiro que disfrutaba el Sr. ANÍBAL GARAY VELÁSQUEZ, compañero permanente de la actora.

1.2.6. Que se condene a la Entidad demandada a pagar las sumas dejadas de cancelar aplicando la indexación de Ley desde el 1º de abril de 2012 hasta la ejecutoria de la sentencia favorable, que así lo disponga.

1.2.7. Que se ordene a la Entidad demandada a afiliarse a la demandante a una Institución de salud.

1.3. HECHOS:

- Indica que, la Sra. ROSA PATERNINA OSORIO, convivió de manera intermitente con el Sr. ANÍBAL GARAY VELÁSQUEZ, desde el 10 de noviembre de 1987, y en el mes de enero de 2004, el difunto se mudó de manera definitiva en unión marital de hecho hasta el día de su fallecimiento, esto es, el 24 de marzo de 2012, tiempo que sumado fue de aproximadamente 20 años y del cual nació su hijo Jesús David Garay Paternina.
- Al momento del fallecimiento el Sr. Garay Velásquez, gozaba de la asignación de retiro, reconocida mediante la Resolución N° 1586 de mayo de 1995.
- La Sra. María del Socorro Betancourt Berrio solicitó a la demandada bajo el radicado N° 039469 de 2012, sustitución de la asignación mensual de retiro del Sr. Aníbal Garay en calidad de compañera permanente, siendo negada mediante la Resolución n° 2855 de mayo de 2012, de igual manera solicitó se le reconociera el 25% de la pensión para su menor hija -Melissa María Garay Betancourt-, a lo cual si se accedió mediante la misma Resolución antes anotada, a su vez en la Resolución se suspendió el trámite de sustitución que pudiera llegar a corresponderle, como quiera que existe otra

reclamante, como lo es la Sra. Rosa Margarita Paternina Osorio, hasta cuando existe un pronunciamiento por parte de la justicia, para que se dirima el conflicto.

- En esa misma Resolución se le reconoció un 25% de la asignación de retiro al menor Jesús David Garay Paternina, hijo de la Sra. Rosa Margarita Paternina Osorio.
- Manifiesta que, la Sra. María del Socorro Betancourt Berrio, ante notario público, declaró que por error involuntario y por desconocimiento solicitó el reconocimiento de la sustitución de la asignación de retiro, pero que en realidad quien vivía en unión libre era la Sra. Rosa Paternina.
- Que CASUR no erró al suspender provisionalmente la Resolución que reconoció el 50% de la sustitución de la asignación de retiro al existir igual interés entre las señoras María del Socorro Betancourt Berrio, Rosa Margarita Paternina Osorio, como compañeras permanentes y la Sra. Josefina Matilde Monterroza Padilla, hasta cuando se dirima el conflicto, lo cual quiere decir que el derecho se encuentra suspendido y no ha sido negado, por lo que se demandó, para que por medio de las pruebas allegadas se le reconozca el 50% de la asignación de retiro.
- Precisa que, la Sra. Josefina Matilde Monterroza Padilla, en su calidad de cónyuge perdió el derecho a la pensión sustitutiva, al no cumplir con los requisitos exigidos por el art. 7º del Decreto 1889 de 1994 Reglamentario de la Ley 100 de 1993, al haberse separado voluntariamente hace más 8 años del occiso, tiempo este en el que el occiso convivió en unión marital de hecho con la Sra. Rosa Margarita Paternina Osorio, hasta el día de su muerte, quien se encontraban juntos en el Hospital Central de la Policía de Bogotá.
- Que la demandante actualmente se encuentra en un estado de insolvencia para obtener lo necesario para subsistir, puesto que siempre contó con la ayuda del Sr. Aníbal Garay, quien al fallecer la dejó totalmente desprotegida, por lo que no tiene como suplir sus necesidades básicas.
- Alega la demandante, que para probar su calidad de compañera permanente, indica que ella fue quien se encargó de transportar el cuerpo y asumió los respectivos gastos.

1.4. NORMAS VIOLADAS:

Art. 53, 76 y ss. del C.P.C.; Ley 100 de 1993; Decreto 1889 de 1994; ART. 3º de la Ley 71 de 1998 y Decreto 712 de 2002, Decreto 4433 de 2004; Ley 923 de 2004 y Decreto 1213 de 1990.

1.5. CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN:

Indica que, el problema radica en determinar si la Sra. Rosa Margarita Paternina Osorio o la Sra. Josefina Matilde Monterroza Padilla tienen o no el derecho de reconocerle la asignación de retiro del Sr. Aníbal Garay Velásquez, argumentando ambas personas que tienen derecho por que convivieron con el agente.

Por otro lado, CASUR expresa que en la hoja de servicio del Agente fallecido figuraba casado con la Señora JOSEFINA MATILDE MONTERROZA PADILLA.

Manifiesta que, la Sra. MARÍA DEL SOCORRO BETANCOUR BERRIO, se retractó de su reclamación ante CASUR ante la Notaría Tercera del Circulo de Sincelejo el día 26 de abril de 2013, consignando a su vez que la compañera permanente del occiso era la Sra. ROSA MARGARITA PATERNINA OSORIO y no ella, como equivocadamente lo informó a CASUR en un oficio que fue radicado bajo el N° 039469.

Argumenta que, esta sería otra razón para confirmar que la única que tiene derecho a que le sustituya el 50% de la asignación de retiro que recibía en vida el Agente ANÍBAL GARAY VELÁZQUEZ, como quiera que la Sra. BETANCOUR BERRIO se retractó de la pensión de sobreviviente, por lo que sólo queda pendiente la cónyuge supérstite MONTERROZA PADILLA, pero esta se encuentra impedida para que se le reconozca la sustitución, conforme al art. 7° del Decreto 1889 de 1994 reglamentario de la Ley 100 de 1993, que establece que perdió ese derecho teniendo en cuenta que no cumplió con las condiciones exigidas en dicho artículo; como sustento de esto, transcribe aparte de una jurisprudencia proferida por la Corte Suprema de Justicia.

Que la demandante mediante material probatorio allegados a este proceso dan fe que cumple con la totalidad de los requisitos que exige la Ley 100 de 1993 en sus arts. 47 y 74, así como el art. 9° del Decreto 1889 de 1984, por lo que mal podría pretender las demás interesadas hablar de derechos adquiridos, lo que hace que el derecho recaiga en la Sra. Rosa Paternina Osorio, tal como lo afirmó el Honorable Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá D.C. Sala Laboral en su sentencia de fecha 28 de junio de 2002

CASUR ha incumplido el mandato legal contenido en la Ley 33 de 1973, donde obliga que una vez fallecido el pensionado debe reconocer de manera vitalicia la asignación de retiro al cónyuge supérstite en el orden en que la Ley prevé, teniendo en cuenta la remisión expresa del art. 3° de la Ley 71 de 1998, violando el derecho a la actora al no reconocerle la pensión.

Así mismo CASUR ha pasado por alto innumerables antecedentes jurisprudenciales, en donde en igual caso al estudiado se le ha reconocido la pensión de sobreviviente conforme al Decreto 4433 del 2004, Ley 923 de 2004 y el Decreto 1213 de 1990.

1.6. ACTUACIÓN PROCESAL.

- El 05 de diciembre de 2013 fue presentada en la oficina judicial la demanda¹, quien inicialmente la repartió al Juzgado 1º Laboral del Circuito de Sincelejo.
- Mediante auto del 13 de diciembre de 2013, se remitió para reparto de la Jurisdicción contencioso administrativa².
- El 28 de enero de 2014, se realizó el reparto en oficina judicial, correspondiéndole a este Despacho³.
- Mediante auto del 18 de febrero de 2014 fue inadmitida la demanda⁴.
- El 03 de marzo de 2014 fue subsanada la demanda por la parte demandante⁵.
- En providencia del 20 de marzo se admite la demanda⁶.
- La parte demandada y vinculadas fueron notificadas el 29 de mayo de 2015⁷.
- La accionada y vinculadas contestaron en el siguiente orden: la Sra. Josefina Monterroza Padilla por intermedio de apoderado contestó el 22 de julio de 2015⁸, las demás partes no dieron contestación de la demanda.
- A través del auto del 26 de junio de 2015 se fijó fecha para audiencia inicial⁹.
- El día 27 de octubre de 2015 se llevó a cabo audiencia inicial, suspendiéndose en la etapa de conciliación¹⁰.
- Mediante auto del 27 de abril de 2016 se realizó el estudio de la propuesta de conciliación y en donde se ordenó aportar el acta de comité de conciliación de la accionada CASUR¹¹.
- El cinco de agosto de 2016, se fijó fecha de reanudar la audiencia inicial, al no existir animo conciliatorio por la accionada CASUR¹².
- El 07 de septiembre de 2016 se realizó audiencia inicial y se dio el término de 10 días para que las partes presentaran alegatos de conclusión por escrito, así como también al Ministerio Público¹³.
- La entidad demandada el 08 de septiembre de 2016 presentó sus alegatos de conclusión¹⁴, de la misma forma la parte demandante el 19 de septiembre de 2016 allegó los alegatos de conclusión¹⁵ y el 21 de septiembre de 2016 la Sra. Josefina Monterroza Padilla¹⁶.

¹ Fl. 23.

² Fl. 25

³ Fl. 27

⁴ Fls. 29 - 9v.

⁵ Fls. 31 - 38.

⁶ Fls. 42 - 42v.

⁷ Fls. 50 - 52.

⁸ Fls. 68 - 74.

⁹ Fl. 102.

¹⁰ Fls. 110 - 111.

¹¹ Fls. 121 - 122.

¹² Fl. 134.

¹³ Fl. 139 - 143.

¹⁴ Fls. 116 - 122.

¹⁵ Fls. 123 - 126.

¹⁶ Fls. 157 - 158.

1.7. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

1.7.1. SRA. JOSEFINA MONTERROZA PADILLA¹⁷:

En consideración a los hechos expresó: que los hechos 1, 3, 4 y 9, manifiesta que ni los afirma ni los niega, al no corresponderle a esta parte demostrarlo; en cuanto al segundo es parcialmente cierto, toda vez que el occiso nunca abandonó su hogar con la Sra. Josefina Monterroza P., así como sus hijos, cumpliendo sus obligaciones de esposos, siendo su casa de referencia, como se demuestra en el registro civil de nacimiento de su hijo Jesús Garay P., así como en CASUR, aparece como esposa y beneficiada del auxilio mutuo, como lo es también que la beneficiada en el servicio de salud de la Policía Nacional, dependiendo económicamente de él, al oponerse que ella trabajara y el no reconocimiento a la sustitución no tendría forma de subsistir; en cuanto a los hechos del 5 al 8 y el 17º son ciertos, en cuanto al 9º, no lo niega ni lo afirma; en cuanto al 10º no es un hecho; el 11º y el 13º no está de acuerdo, puesto que la sociedad no se disolvió, en cuanto al 12º, no es cierto, toda vez que la normativa mencionada fueron declaradas nulas por el Consejo de Estado, por lo que la Sra. Josefina Monterroza siempre cumplió con su papel de esposa; con respecto al 14º no niega que el Sr. Garay Velásquez se trasladó con la demandante a Bogotá, al hecho 15º no le consta; 16º es parcialmente cierto, toda vez que una vez regresó el cuerpo de Bogotá, la Sra. Josefina M. se hizo cargo del funeral, así como de los costos de la bóveda, entre otras cosas.

Lo que tiene que ver con las pretensiones, se opone a todas ellas, toda vez que la pensión debe ser reconocida a la cónyuge, con quien contrajo matrimonio y convivió toda la vida.

Como fundamento a lo anterior, hace mención de los arts. 92 C.P.C., Decreto 2282 de 1989 art. 1º N° 43, Ley 100 de 1993, Decreto 1889 de 1994, art. 48 C.P., Ley 71 de 1988, Ley 33 de 1973, Decreto 1213 de 1990, Ley 923 de 2004, Decreto 4433 de 2004, Ley 797 de 2003.

Haciendo transcripción del art. 11 del Decreto 4433 de 2004, y exponiendo que al Juzgado le compete conforme a este artículo determinar a quién le asiste mejor derecho para recibir la pensión de sobreviviente, que en principio fue negado a la Sra. Rosa Paternina O., al corresponderle a la esposa Josefina Monterroza P., por haber convivido con el finado hasta el día de muerte.

Además manifiesta que la Sra. Josefina Monterroza, no se encuentra inmersa en ninguna de las causales descritas en el art. 7º de la Ley 100 de 1993, toda vez que por parte del finado siempre estuvo pendiente de su esposa, así como también hubo ayuda mutua, como tampoco

¹⁷ Fls. 68 - 74.

la retiro del sistema de servicio de salud; además el finado convivió durante los últimos 5 años anteriores de su muerte con la Sra. Josefina Monterroza Padilla.

La Corte Suprema de Justicia en noviembre de 2011, decidió que el cónyuge separado de hecho no puede perder la pensión por que no hizo vida común antes de la muerte de este, puesto que conserva el vínculo matrimonial, por un término de cinco años antes de su muerte.

1.8. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN.

1.8.1. PARTE DEMANDANTE¹⁸:

Se mantiene en los mismos argumentos esbozados en la demanda.

1.8.2. CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE LA POLICÍA NACIONAL “CASUR”¹⁹

Se opone a todas las pretensiones de la demanda, teniendo en cuenta que la Resolución N° 2855 del 24 de mayo del 2012, expedida por CASUR, deja en suspenso el 50% de la asignación de retiro, hasta cuando se resuelva a quien le corresponde dicho reconocimiento, el cual fue notificado a las solicitantes acerca del contenido de dicho acto administrativo, de igual forma se le indicó a las compañeras permanentes que debían allegar copia auténtica del fallo donde se establezca la convivencia real y efectiva con el titular de la asignación de retiro, por otro lado, en el expediente administrativo que obra en CASUR, el causante figura como casado con la Sra. Josefina Matilde Monterroza Padilla.

El acto demandado goza de presunción legal, y no es contrario a la norma vigente.

En cuanto al caso en concreto, es de manifestar que al causante se le había reconocido asignación de retiro mediante Resolución N° 1586 del 12 de mayo de 1995, en vigencia del Decreto 1213 de 1990, y luego se hizo la sustitución a los hijos en un 50%, dejando en suspensión el restante 50% hasta cuando el conflicto se dirima judicialmente, al carecer de competencia la entidad acerca de la controversia de la convivencia con el causante.

Señala que la Sra. María del Socorro Betancourt Berrio, desiste de las pretensiones al reconocimiento de la asignación de retiro.

En cuanto a la condena en costas manifiesta que, la entidad siempre ha estado presta para el cabal cumplimiento de las normas pertinentes, por lo que no se observa ninguna conducta dilatoria o de mala fe, por lo que solicita que no sea condenada en costas.

¹⁸ Fls. 123 - 126.

¹⁹ Fls. 116 - 122.

1.8.3. SRA. JOSEFINA MONTERROZA PADILLA²⁰:

Manifiesta los mismos argumentos de la contestación de la demanda:

1.8.4. Ministerio Público:

Guardó Silencio.

2. CONSIDERACIONES:

2.1. COMPETENCIA:

El Juzgado es competente para conocer en **Primera Instancia** de la presente demanda, conforme lo establece el art. 155 num. 3 de la Ley 1437 de 2011. Así mismo, se advierte el cumplimiento de los presupuestos procesales y ausencia de causa de nulidad que invalide lo actuado.

2.2. ACTO ADMINISTRATIVO DEMANDADO:

Se pretende la nulidad del acto administrativo contenido en la Resolución N° **2855 del 24 de mayo 2012** proferido por el Director General de **LA CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE LA POLICÍA NACIONAL “CASUR”**²¹, mediante el cual se reconoció a los menores hijos del occiso la sustitución de la asignación de retiro en un porcentaje del 25% para cada uno (Melissa María Garay Betancour y Jesús David Garay Paternina) y se dejó en suspenso lo concerniente con la pensión sustitutiva frente a la demandante Rosa Margarita Paternina Osorio, toda vez que las Sras. María del Socorro Betancour Berrio y Josefina Matilde Monterrosa Padilla presentaron solicitud de reconocimiento pensional como supérstite del Sr. Aníbal Garay Velásquez, hasta que se resolviera en instancias judiciales.

2.3. PROBLEMA JURÍDICO:

Dentro del presente proceso se busca determinar, tal como se constató en la fijación del litigio, si ¿Las señoras Rosa Margarita Paternina Osorio y Josefina Matilde Monterrosa Padilla les asiste el derecho o no al reconocimiento y pago de la sustitución del 50% de la asignación mensual de retiro, en su condición de compañera permanente y cónyuge supérstite de quien en vida respondía al nombre de Aníbal Garay Velásquez, quien falleció teniendo la condición de pensionado de la entidad que ahora se demanda?

²⁰ Fls. 157 - 158.

²¹ Fl. 14 - 16.

Antes de entrar a desarrollar el objeto de la demanda, es de aclararse que al momento de determinar de establecer el problema jurídico, no se hizo mención de la Sra. María del Socorro Betancour Berrio, quien al momento del auto admisorio del 20 de marzo de 2014, de manera oficiosa fue vinculada al proceso junto con la Sra. Josefina Matilde Monterrosa Padilla, por lo que al momento de resolver el caso en concreto se hará mención de la mencionada vinculada.

Para resolver lo planteado, este estrado judicial, seguirá el siguiente hilo conductor: I) Antecedente Normativo - Jurisprudencial; II) Caso en concreto.

2.4. ANTECEDENTES NORMATIVO

2.4.1. Pensión sustitutiva en los eventos de personal adscrito a la Policía Nacional.

Se observa en jurisprudencia reciente el marco normativo vigente, lo que debe hacerse en los casos donde exista la concurrencia de más de una beneficiaria en la sustitución pensional al momento de la muerte del causahabiente, expresándose en ella, que en dichos eventos, debe existir un tema de justicia e igualdad entre las partes, sin que deba existir otro tipo de requisitos para dicho reconocimiento, puesto que no existe norma legal que regule estos casos, lo que se ha estado regulando por vía jurisprudencial.

El Decreto 1213 de 1990, por el cual se reformó el estatuto del personal de agentes de la Policía Nacional, sobre los beneficiarios de las prestaciones causadas por el personal activo o en goce de retiro estableció:

“ARTÍCULO 130. MUERTE EN GOCE DE ASIGNACIÓN DE RETIRO O PENSIÓN. A la muerte de un Agente de la Policía Nacional en goce de asignación de retiro o pensión, sus beneficiarios en el orden y proporción establecidos en el presente Estatuto, tendrán derecho a una pensión mensual pagadera por el Tesoro Público o por la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional equivalente en todo caso a la totalidad de la prestación que venía gozando el causante.

Así mismo, el cónyuge y los hijos hasta la edad de veintiún (21) años tendrán derecho a que el Gobierno les suministre asistencia médica, quirúrgica, odontológica, servicios hospitalarios y farmacéuticos mientras disfruten de la pensión decretada con base en los servicios del Agente fallecido.

PARÁGRAFO 1o. El Gobierno establecerá tarifas para la prestación de los servicios asistenciales a los beneficiarios de los Agentes de la Policía Nacional, fallecidos en goce de asignación de retiro o pensión.

PARÁGRAFO 2o. Si el Agente muriere sin haber cobrado sus prestaciones sociales por retiro, éstas se cancelarán en el orden de beneficiarios establecido en este Estatuto.

ARTÍCULO 132. ORDEN DE BENEFICIARIOS. Las prestaciones sociales por causa de muerte de un Agente de la Policía Nacional en servicio activo o en goce de asignación de retiro o pensión, se pagarán según el siguiente orden preferencial:

a. La mitad al cónyuge sobreviviente y la otra mitad a los hijos del causante, en concurrencia estos últimos en las proporciones de ley.

- b. Si no hubiere cónyuge sobreviviente la prestación se dividirá por partes iguales entre los hijos.
- c. Si no hubiere hijos, la prestación se dividirá así:
 - Cincuenta por ciento (50%) para el cónyuge.
 - Cincuenta por ciento (50%) para los padres en partes iguales.
- d. Si no hubiere cónyuge sobreviviente ni hijos, las prestaciones se dividirán entre los padres, así:
 - Si el causante es hijo legítimo llevan toda la prestación los padres.
 - Si el causante es hijo adoptivo la totalidad de la prestación corresponde a los padres adoptantes en igual proporción.
 - Si el causante es hijo extramatrimonial la prestación se dividirá en partes iguales entre los padres.
 - Si el causante es hijo extramatrimonial con adopción, la totalidad de la prestación corresponde a los padres adoptivos en igual proporción.
 - Si no concurriera ninguna de las personas indicadas en este artículo, llamadas en el orden preferencial establecido, la prestación se paga, previa comprobación de que el extinto era su único sostén, a sus hermanos menores de dieciocho (18) años.
 - Los hermanos carnales recibirán doble porción de los que sean simplemente maternos o paternos.
 - A falta de descendientes, ascendientes, hijos adoptivos, padres adoptivos, hermanos y cónyuge, la prestación corresponderá a la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional.”.

De acuerdo con la normativa transcrita, la legitimación para sustituir la asignación de retiro sólo radica en el o la cónyuge supérstite, sin hacer mención en el o la Compañero(a) permanente, sin embargo nuestra máxima autoridad de lo contencioso administrativo, ha indicado que debe hacerse una interpretación extensiva, cobijando también a los compañeros permanentes conforme al art. 42 de la Constitución Política, a partir de la cual tomó especial importancia bajo un marco de igualdad jurídica y social, la familia constituida por vínculos naturales, situación que fue objeto de estudio por el Consejo de Estado en Sentencia del 28 de agosto de 2003.

“Si bien el artículo 132 del Decreto 1213 del 8 de junio de 1990, por el cual se reforma el estatuto del personal de agentes de la Policía Nacional, no incluía a la compañera permanente entre los beneficiarios de la sustitución en la asignación de retiro, la entrada en vigencia de la Constitución de 1991, cuyo artículo 42 protege la institución familiar surgida tanto del vínculo matrimonial como de la relación marital de hecho, introdujo un cambio significativo en la forma como debe darse aplicación al artículo 132.

Este cambio consiste en que debe reconocerse a la compañera permanente el derecho a la sustitución pensional. Los artículos 13 y 42 de la Constitución Política permiten afirmar la legitimidad de la compañera permanente para reclamar su derecho a la sustitución pensional. Ella goza de los mismos derechos prestacionales que le corresponden a la cónyuge supérstite, posición que fue afirmada por los desarrollos normativos ulteriores en materia de régimen de personal de la Policía Nacional.”²²

Situación que fue respaldada incluso con la expedición del Decreto 1290 de 1.994, por el cual se reguló la situación del personal del nivel ejecutivo, y que reconoció la familia de hecho al extender los beneficios a los compañeros permanentes.

²² Referencia: 200012331000199803804 01 No. Interno: 6082-2002 Actor: MARÍA QUINTANA GARCÍA CASTILLA. M.P. Dr. JESÚS MARÍA LEMOS BUSTAMANTE.

Continúa esta corporación diciendo que, “Al respecto es pertinente indicar que existían disposiciones de alcance general que reconocían a la compañera permanente como beneficiaria de la sustitución pensional, tal como aparece en las Leyes 12 de 1975 (artículo 1), 113 de 1985 (artículo 2), 71 de 1988 (artículo 3) y 100 de 1993 (artículo 47) y que, estos desarrollos normativos permitían advertir una tendencia muy clara del derecho Colombiano respecto al reconocimiento pleno de los derechos de los compañeros permanentes.”

Por otro lado, se observa en innumerables sentencias el tratamiento que ha dado el Consejo de Estado a este tipo de asuntos, indicando los parámetros que deben tenerse en cuenta cuando a la convivencia simultánea se trata, toda vez que las normas vigentes presentan imprecisiones o vacíos legales en cuanto a la compañera permanente, menoscabando sus derechos y favoreciendo en todo momento a la cónyuge superviviente.

De esta manera en sentencia 30 de junio del 2009, el Consejero Gerardo Arenas Monsalve, realizó un recorrido jurídico legal de la evolución en esta materia con los siguientes pronunciamientos:

“Del derecho a la sustitución pensional

La Jurisprudencia ha reiterado que 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.

El derecho a la sustitución pensional busca impedir que sobrevinida la muerte de uno de los miembros de la pareja, el otro se vea impelido a soportar no sólo la carga espiritual que proviene del dolor por la ausencia definitiva de la persona que atendía el sostenimiento del grupo familiar, sino aquella carga material que implica asumir de manera individual las obligaciones que conlleva el mantenimiento propio y el de la familia, por lo cual se ha considerado, que el factor determinante para establecer qué persona tiene derecho a la sustitución pensional en casos de conflicto entre el cónyuge superviviente y la compañera o compañero permanente es el compromiso de apoyo afectivo y de comprensión mutua existente entre la pareja al momento de la muerte de uno de sus integrantes.

Así, la Corte Constitucional, en la sentencia T-1103 de 2000, señaló la siguiente línea jurisprudencial:

“En la sentencia T-190 de 1993 se definió el contenido y alcances de ese derecho prestacional, de la siguiente manera:

“La sustitución pensional, de otra parte, es un derecho que permite a una o varias personas entrar a gozar de los beneficios de una prestación económica antes percibida por otra, lo cual no significa el reconocimiento del derecho a la pensión sino la legitimación para reemplazar a la persona que venía gozando de este derecho. Los beneficiarios de la sustitución de las pensiones de jubilación, invalidez y de vejez, una vez haya fallecido el trabajador pensionado o con derecho a la pensión, son el cónyuge superviviente o compañero (a) permanente, los hijos menores o inválidos y los padres o hermanos inválidos que dependan económicamente del pensionado (Ley 12 de 1975, art. 1º y Ley 113 de 1985, art. 1º, parágrafo 1º). La sustitución pensional tiene como finalidad evitar que las personas allegadas al trabajador y beneficiarias del producto de su actividad laboral queden por el simple hecho de su fallecimiento en el desamparo o la desprotección. Principios de justicia retributiva y de equidad justifican que las personas que constituían la familia del

trabajador tengan derecho a la prestación pensional del fallecido para mitigar el riesgo de viudez y orfandad al permitirles gozar post-mortem del status laboral del trabajador fallecido.”.

De esta manera, la familia, núcleo e institución básica de la sociedad de conformidad con los artículos 5o. y 42 superiores, constituye el bien jurídico tutelable en el derecho prestacional a una sustitución pensional, debiendo ser amparada integralmente y sin discriminación alguna. Por ello, la protección que se deriva de ese derecho abarca sus distintas formas de configuración, es decir la que se forma a través del vínculo del matrimonio o mediante el vínculo emanado de la voluntad de establecer una unión marital de hecho, (...)”.

El tratamiento jurídico que se predica para las distintas formas familiares constitucionalmente aceptadas, es igualmente aplicable a sus integrantes, como sería el caso de la cónyuge y la compañera permanente. La Corte²³ sobre el particular ha aseverado lo siguiente:

“En ese orden de ideas, todas las prerrogativas, ventajas o prestaciones y también las cargas y responsabilidades que el sistema jurídico establezca a favor de las personas unidas en matrimonio son aplicables, en pie de igualdad, a las que conviven sin necesidad de vínculo formal. De lo contrario, al generar distinciones que la preceptiva constitucional no justifica, se desconoce la norma que equipara las formas de unión (artículo 42 de la C.P) y se quebranta el principio de igualdad ante la ley (artículo 13 C.P), que prescribe el mismo trato en situaciones idénticas.”.

Así, los derechos de la seguridad social comprenden a cónyuges y compañeros permanentes de la misma manera. El derecho a la pensión de sobrevivientes constituye uno de ellos y respecto de su reconocimiento puede llegar a producirse un conflicto entre los potenciales titulares del mismo. En ese caso, se ha establecido legalmente que el factor determinante para dirimir la controversia está dado por el compromiso de apoyo afectivo y de comprensión mutua existente entre la pareja al momento de la muerte del trabajador pensionado. Así lo recordó esta Corporación:

“De lo anteriormente expuesto, puede concluirse que respecto del derecho a la sustitución pensional rige el principio de igualdad entre cónyuges supérstites y compañeros (as) permanentes porque, siendo la familia el interés jurídico a proteger, no es jurídicamente admisible privilegiar un tipo de vínculo específico al momento de definir quién tiene derecho a este beneficio. Por el contrario, la ley acoge un criterio material - convivencia efectiva al momento de la muerte - y no simplemente formal - vínculo matrimonial - en la determinación de la persona legitimada para gozar de la prestación económica producto del trabajo de la persona fallecida.”.²⁴

En consecuencia, el reconocimiento del derecho a la sustitución pensional está sujeto a una comprobación material de la situación afectiva y de convivencia en que vivía el trabajador pensionado fallecido, al momento de su muerte, con respecto de su cónyuge o de su compañera permanente, para efectos de definir acerca de la titularidad de ese derecho.”.

Bajo el anterior precedente, y a la luz de los artículos 13, 42 y 48 de la Constitución Política, los derechos a la seguridad social comprenden de la misma manera tanto al cónyuge como al compañero o compañera permanente. Así entonces, factores como el auxilio o apoyo mutuo, la convivencia efectiva, la comprensión y la vida en común al momento de la muerte son los que legitiman el derecho reclamado.

El Consejo de Estado al referirse al tema de la sustitución pensional y al derecho del cónyuge y/o compañero/a permanente a recibirla, en sentencia de 20 de septiembre de 2007²⁵, señaló:

²³ Sentencia T- 553 de 1994

²⁴ Sentencia T-566 de 1998.

²⁵ Consejo de Estado, Sección Segunda. Subsección B. No. Interno: 2410-2004. Actor: MARÍA LILIA ALVEAR CASTILLO. Consejero Ponente: Dr. Jesús María Lemos Bustamante.

“(…)

En otras palabras, el criterio material de convivencia y no el criterio formal de un vínculo ha sido el factor determinante reconocido por la reciente jurisprudencia de la Sala para determinar a quién le asiste el derecho a la sustitución pensional.

Lo fundamental para determinar quién tiene el derecho a la sustitución pensional cuando surge conflicto entre la cónyuge y la compañera es establecer cuál de las dos personas compartió la vida con el difunto durante los últimos años, para lo cual no tiene relevancia el tipo de vínculo constitutivo de la familia afectada por la muerte del afiliado²⁶.

No hay duda entonces, sobre la tendencia en el derecho colombiano al reconocimiento pleno de los derechos de los compañeros permanentes en materia de derechos prestacionales, concretamente en lo que corresponde a la legitimación para el derecho a la sustitución pensional.

Ahora bien, definido el interés legítimo que le asiste al compañero/a permanente en materia de sustitución pensional, debe resolver la Sala en el caso concreto, y bajo el criterio material de convivencia, ayuda y afecto mutuo, a quien le asiste mejor derecho en caso de concurrir simultáneamente en el causante una relación de hecho con aquella nacida en vínculo matrimonial.

Para el efecto se abordará el estudio de los siguientes aspectos, en su orden: i) De la existencia de convivencia simultánea con la cónyuge y la compañera permanente de acuerdo con lo probado en el proceso ii) De las normas aplicables. El principio de favorabilidad en la determinación del régimen pensional de los miembros de la Fuerza Pública iii) El caso concreto.

i) De la existencia de convivencia simultánea del causante con la cónyuge y la compañera permanente, de acuerdo con lo probado en el caso concreto.

Partiendo del criterio de valoración expresado por la Sala, atendiendo a una realidad socialmente ineludible, cuando se presenta conflicto entre los posibles titulares del derecho a la sustitución pensional, factores como: el auxilio o apoyo mutuo, la convivencia efectiva, la comprensión y la vida en común al momento de la muerte son los que legitiman el derecho reclamado.

(…)

i) De las normas aplicables. El principio de favorabilidad en la determinación del régimen pensional de los miembros de la Fuerza Pública

El régimen prestacional especial vigente para la época en que se causó el derecho no regula la situación particular del derecho a sustituir la pensión en eventos en que existe convivencia simultánea entre cónyuge y compañera permanente.

La Ley 923 de 2004 “*Mediante la cual se señalan las normas, objetivos y criterios que deberá observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública de conformidad con lo establecido en el artículo 150, numeral 19, literal e) de la Constitución Política*”, en su artículo 3, numeral 3.7.2., señaló:

“ARTÍCULO 3o. ELEMENTOS MÍNIMOS. <Apartes subrayados CONDICIONALMENTE exequibles> El régimen de asignación de retiro, la pensión de invalidez y sus sustituciones, la pensión de sobrevivientes, y los reajustes de estas, correspondientes a los miembros de la Fuerza Pública, que sea fijado por el Gobierno Nacional, tendrá en cuenta como mínimo los siguientes elementos:

(…)

²⁶ Exp. No. 13001-2331-000-2000-0129-01. No. Interno: 4369-2002 Actor: Rosario Domínguez de Cozzarely M. P. Tarsicio Cáceres Toro.

3.7. El orden de beneficiarios de las pensiones de sobrevivencia y de la sustitución de la asignación de retiro o de la pensión de invalidez será establecido teniendo en cuenta los miembros del grupo familiar y el parentesco con el titular.

En todo caso tendrán la calidad de beneficiarios, para la sustitución de la asignación de retiro o de la pensión de invalidez:

(...)

3.7.2. 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 sustitución de la asignación de retiro o de la pensión de invalidez 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 sustitución. Si tiene hijos con el causante aplicará el numeral 3.7.1.

Si respecto de un titular de asignación de retiro o pensionado por invalidez hubiese un compañero o compañera permanente, con sociedad anterior conyugal no disuelta y derecho a percibir parte de la pensión de que tratan los numerales 3.7.1 y 3.7.2. del presente numeral, dicha pensión se dividirá entre ellos (as) en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido.

En caso de convivencia simultánea en los últimos cinco (5) años, antes del fallecimiento del causante entre un cónyuge y una compañera o compañero permanente, la beneficiaria o el beneficiario de la sustitución de la asignación de retiro o de la pensión de invalidez o de la pensión de sobreviviente será la esposa o el esposo. Si no existe convivencia simultánea y se mantiene vigente la unión conyugal pero hay una separación de hecho, la compañera o compañero permanente podrá reclamar una cuota parte de lo correspondiente al numeral 3.7.1 en un porcentaje proporcional al tiempo convivido con el causante siempre y cuando haya sido superior a los últimos cinco (5) años antes del fallecimiento del causante. La otra cuota parte le corresponderá a la cónyuge con la cual existe la sociedad conyugal vigente.”.

El artículo 6º de la Ley 923 de 2004 consagró el reconocimiento de los beneficios establecidos en dicha norma con retroactividad al 7 de agosto de 2002, para garantizar las situaciones jurídicas consolidadas derivadas de las pensiones de invalidez y sobrevivientes.

A su vez, el Decreto 4433 de 2004, “*por medio del cual se fija el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública*”, en su artículo 11, Parágrafo 2º., literal b), inciso 3, establece:

“Orden de beneficiarios de pensiones por muerte en servicio activo.

(...)

En caso de convivencia simultánea en los últimos cinco años, antes del fallecimiento del causante entre un cónyuge o compañera o compañero permanente, la beneficiaria o el beneficiario de la sustitución de la asignación de retiro o de la pensión de invalidez o de la pensión de sobreviviente será la esposa o el esposo (...). “.

Del texto de las normas transcritas observa la Sala que, en casos de convivencia simultánea, se prefiere al **cónyuge** a efectos de reconocer la pensión de sobrevivientes. Se tiene entonces que dicha normatividad privilegia el vínculo familiar regentado bajo el matrimonio.”²⁷

Con respecto a la Ley 100 de 1993, en la sentencia anotada, el Consejo de Estado, manifestó que, esta normativa no puede ser aplicable al caso de los miembros de la fuerza pública, toda vez que estos pertenecen a un régimen distinto, por lo que tienen una reglamentación especial.

²⁷ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN “B”, Consejero ponente: GERARDO ARENAS MONSALVE, Bogotá D.C., treinta (30) de julio de dos mil nueve (2009).

El principio de favorabilidad en la determinación del régimen pensional de los miembros de la Fuerza Pública.

De acuerdo a lo establecido en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, el Sistema Integral de Seguridad Social no se aplica a los miembros de las Fuerzas Militares. Este postulado obedece a lo dispuesto por los artículos 150, numeral 19, literal e), y 217 de la Constitución Política, en los cuales se estableció que la ley debería determinar el régimen salarial y prestacional especial para los miembros de las Fuerzas Militares, el cual se encuentra justificado en el riesgo latente que envuelve el ejercicio de la función pública que desempeñan dichos agentes.

Por regla general se tiene que, las situaciones relacionadas con los derechos, las prerrogativas, los servicios, los beneficios y demás situaciones prestacionales de un trabajador, entre ellas el pago de los derechos pensionales se resuelve con las normas vigentes al tiempo del suceso. Sin embargo, en aplicación del principio de favorabilidad consagrado en el artículo 53 de la Carta Política, es posible considerar, la aplicación de la normatividad más favorable al trabajador *“...en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho...”*.

El artículo 47 (modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003) de la Ley 100 de 1993 establece:

“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.

Si respecto de un pensionado hubiese un **compañero o compañera permanente**, con sociedad anterior conyugal no disuelta y derecho a percibir parte de la pensión de que tratan los literales a) y b) del presente artículo, dicha pensión se dividirá entre ellos (as) en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido.

En caso de convivencia simultánea en los últimos cinco años, antes del fallecimiento del causante entre un cónyuge y una compañera o compañero permanente, la beneficiaria o el beneficiario de la pensión de sobreviviente será la esposa o el esposo. Si no existe convivencia simultánea y se mantiene vigente la unión conyugal pero hay una separación de hecho, **la compañera o compañero permanente** podrá reclamar una cuota parte de lo correspondiente al literal a en un porcentaje proporcional al tiempo convivido con el causante siempre y cuando haya sido superior a los últimos cinco años antes del fallecimiento del causante. La otra cuota parte le corresponderá a la cónyuge con la cual existe la sociedad conyugal vigente; **Texto subrayado declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional C-1035 de 2008, en el entendido de que además de la esposa o esposo, serán también beneficiarios, la compañera o compañero permanente y que dicha pensión se dividirá entre ellos (as) en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido (...)**”.

Sin embargo, el Consejo de Estado desarrolló lo expresado por la Corte Constitucional, referente a la interpretación del concepto de compañera permanente y cónyuge que debe darse a la Ley 797 de 2003 en la sentencia C-1035 de 2.008, y declarando la exequibilidad condicionada de esta regulación "...en el entendido de que además de la esposa o el esposo serán también beneficiarios, la compañera o compañero permanente y que dicha pensión se dividirá entre ellos (as) en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido".

Colofón a todo lo anterior, la máxima Corporación determinó que, acogiendo al criterio expresado por la Corte Constitucional, frente a los conceptos de convivencia simultánea en los casos de la compañera permanente y la cónyuge en la sentencia C-1035 de 2008, referente a la modificación de la Ley 100 de 1993 en su art. 47 por la Ley 797 de 2003, sin que de esta manera quiera decir que por favorabilidad se da aplicación a la Ley en mención, toda vez que dejó claro que dicha normativa no puede ser vinculante a los miembros de la Fuerza Pública y en atención que sobre la materia existe regulación, la máxima autoridad de lo administrativo se acoge a su propia línea, bajo un principio de justicia y equidad la pensión sustitutiva sería dividida en partes iguales, si tener en cuenta la proporción de la convivencia del occiso, al no existir razonamiento que justifique un trato diferente, puesto que existen los mismos elementos materiales en la convivencia simultánea por el causahabiente entre la cónyuge y la compañera permanente.

"Acreditado como se encuentra en el proceso la convivencia simultánea del causante con las señora MARÍA DE JESÚS NIÑO y HERMINDA FLÓREZ JAIMES, por un tiempo superior a los 15 años, desde la fecha en que formalizaron el vínculo legal y de hecho, hasta su fallecimiento, acogiendo el criterio adoptado por la Corte Constitucional al declarar la exequibilidad condicionada del literal b del artículo 13 de la Ley 797 de 2003, que modificó el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, en el entendido de que además de la esposa o esposo, serán también beneficiarios, la compañera o compañero permanente y que dicha pensión se dividirá entre ellos en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido, la Sala acogiendo su propia línea y precedente judicial considera que, bajo un criterio de justicia y equidad, y en teniendo en cuenta, que la finalidad de la sustitución pensional es la de evitar que las personas que forman parte de la familia y que dependen patrimonialmente del causante puedan quedar sumergidas en el desamparo y abandono económico, en el caso concreto, habiéndose acreditado una convivencia simultánea, se resolverá el conflicto concediendo la sustitución de la asignación mensual de retiro que devengaba PABLO CELIS, a su cónyuge y a su compañera permanente, distribuido el valor que corresponda en partes iguales entre las mismas, con quienes convivió varios años antes de su muerte, y consolidó un grupo familiar.

Como lo ha precisado la Sala²⁸, no existen razones que justifiquen un trato diferente al que aquí se dispone pues concurre el elemento material de convivencia y apoyo mutuo, de manera simultánea, por voluntad propia del causante, en cabeza de la cónyuge y de la compañera."²⁹

Postura que quedó ratificada por esa corporación en Jurisprudencia posterior en los siguientes términos:

²⁸ Exp. 2410-2004

²⁹ Ibidem.

“La Sala ha acogido los criterios de equidad, prevalencia del elemento material de convivencia y amparo de la familia para definir asuntos como el aquí planteado³⁰, en los siguientes términos:

“(…) 5.4. La sustitución de la asignación de retiro en el régimen prestacional de la Policía Nacional

Si bien el artículo 132 del Decreto 1213 del 8 de junio de 1990, por el cual se reforma el estatuto del personal de agentes de la Policía Nacional, no incluía a la compañera permanente entre los beneficiarios de la sustitución en la asignación de retiro, la entrada en vigencia de la Constitución de 1991, cuyo artículo 42 protege la institución familiar surgida tanto del vínculo matrimonial como de la relación marital de hecho, introdujo un cambio significativo en la forma como debe darse aplicación al artículo 132.

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

En este sentido puede verse el artículo 110 del Decreto 1029 de 1994, por el cual se expidió el Régimen de asignaciones y prestaciones para el Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional, que, en lo pertinente, dice:

“Art. 110 Definiciones. Para los efectos legales de este estatuto se entiende por:

Familia. Es la constituida por el cónyuge o compañero permanente del miembro del nivel ejecutivo, lo mismo que por sus hijos menores de veintiún (21) años, los estudiantes hasta la edad de veinticuatro (24) años y los hijos inválidos absolutos, siempre y cuando unos y otros dependan económicamente del miembro del nivel ejecutivo.

Art. 111 Reconocimiento derechos prestacionales. A partir de la vigencia de este Decreto, los derechos consagrados en los Decretos ley números 1211, 1212, 1213 y 1214 de 1990 para el cónyuge y los hijos de los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, se reconocerán y pagarán a la familia, de conformidad con la definición contenida en el artículo 110 de este Decreto.”

Si bien el Decreto 1029 de 1994, que reconoce a la familia de hecho, puede aplicarse, en principio, sólo al Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional, el artículo 111 de esta misma disposición extendió los alcances del concepto de familia de hecho a todos los miembros de la institución armada referida, lo cual constituye una determinación que respalda el derecho de los compañeros permanentes para reclamar la sustitución pensional. (…)

(…)

Ahora bien, el Consejo de Estado ha referido que en casos de convivencia simultánea entre la cónyuge y la compañera permanente con el causante de la sustitución pensional, es procedente ordenar el reconocimiento prestacional en porcentajes iguales, atendiendo a criterios de justicia e igualdad material, así³¹:

“(…) Acreditado como se encuentra en el proceso la convivencia simultánea del causante con las señora MARÍA DE JESÚS NIÑO y HERMINDA FLÓREZ JAIMES, por un tiempo superior a los 15 años, desde la fecha en que formalizaron el vínculo legal y de hecho, hasta su fallecimiento, acogiendo el criterio adoptado por la Corte Constitucional al declarar la exequibilidad condicionada del literal b del artículo 13

³⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, C.P. Dr. Jesús María Lemos Bustamante, Sentencia de 20 de septiembre de 2007, Expediente No.: 760012331000199901453 01 (2410-2004), Actora: María Lilia Alvear Castillo.

³¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, C.P. Dr. Gerardo Arenas Monsalve, Sentencia de 30 de julio de 2009, Radicación No.: 68001-23-15000-2001-02594-01 (0638-08), Actor: Herminda Florez Jaimes, Demandado: Ministerio de Defensa – Policía Nacional y Otro.

de la Ley 797 de 2003, que modificó el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, en el entendido de que además de la esposa o esposo, serán también beneficiarios, la compañera o compañero permanente y que dicha pensión se dividirá entre ellos en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido, la Sala acogiendo su propia línea y precedente judicial considera que, bajo un criterio de justicia y equidad, y en teniendo en cuenta, que la finalidad de la sustitución pensional es la de evitar que las personas que forman parte de la familia y que dependen patrimonialmente del causante puedan quedar sumergidas en el desamparo y abandono económico, en el caso concreto, habiéndose acreditado una convivencia simultánea, se resolverá el conflicto concediendo la sustitución de la asignación mensual de retiro que devengaba PABLO CELIS, a su cónyuge y a su compañera permanente, distribuido el valor que corresponda en partes iguales entre las mismas, con quienes convivió varios años antes de su muerte, y consolidó un grupo familiar.

Como lo ha precisado la Sala⁷, no existen razones que justifiquen un trato diferente al que aquí se dispone pues concurre el elemento material de convivencia y apoyo mutuo, de manera simultánea, por voluntad propia del causante, en cabeza de la cónyuge y de la compañera. (...)”. (Resalta la Sala).

Así las cosas, habida cuenta de que la finalidad de la sustitución pensional es la protección de la familia, aplicando criterios de igualdad y justicia, la Sala concederá el derecho a sustituir la pensión a la demandante y la demandada en partes iguales, por lo cual en este aspecto la decisión del A quo será modificada para ordenar el derecho prestacional en un porcentaje del cincuenta por ciento (50%) a la señora María Ofelia Arandia de Ortegón, en calidad de cónyuge supérstite, y el otro cincuenta por ciento (50%) a la señora Luz Marina Calle Hernández, en condición de compañera permanente del causante.”³²

De lo anterior se logra establecer que en materia de convivencia simultánea, el Consejo de Estado adoptando una postura crítica acerca del trato jurídico que se le da a la compañera permanente frente a la cónyuge, no encuentra asidero, cuando no existe diferenciación en la convivencia simultánea, demostrándose con ello que siempre y cuando el occiso cumpliera con el apoyo económico y familiar, así como la ayuda mutua, la pensión de sobreviviente debía ser dividida en partes iguales, bajo los lineamientos de justicia, equidad e igualdad.

3. CASO EN CONCRETO

En el presente caso se allegaron la siguiente relación de pruebas:

1. Solicitud a CASUR de sustitución de la asignación de retiro del 13 de abril de 2012 por parte de la Sra. Rosa Margarita Paternina Osorio sin fecha de recibo³³.
2. Solicitud Al Director de Bienestar Social de sustitución de la asignación de retiro del 18 de abril de 2012 por parte de la Sra. Rosa Margarita Paternina Osorio sin fecha de recibo³⁴.
3. Oficio N° 619/GST-SDP del 26 de abril de 2012, expedido por Director General y el Subdirector de Prestaciones Sociales de la Caja de Retiro de la Policía Nacional, donde le da respuesta al escrito con radicado N° 032597 de 2012 de la Sra. Rosa Margarita

³² CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN B, Consejera ponente: BERTHA LUCIA RAMÍREZ DE PÁEZ (E), Bogotá D.C., veinticinco (25) de julio de dos mil trece (2013), Radicación número: 17001-23-31-000-2007-00006-02(2217-12).

³³ Fl. 7.

³⁴ Fl. 8.

Paternina Osorio, informando que la Cónyuge Josefina Matilde Monterrosa Padilla y la Compañera Permanente María del Socorro Betancour Berrio³⁵.

4. Acta de declaración juramentada de la Sra. María del Socorro Betancour Berrio, donde afirmó que conoce a la Sra. Rosa Margarita Paternina Osorio hace 20 años y que tiene conocimiento de que la mencionada compartía techo y lecho con el Sr. Aníbal Garay Velásquez hasta el día de su muerte (24 de marzo de 2012), así como que dependía total y económicamente del mencionado compañero.

Por otro lado, manifestó que en alusión a la solicitud ante CASUR con el fin de que se le reconociera la sustitución de la asignación de retiro, desiste a que se le reconozca en calidad de compañera permanente de dicho reconocimiento, al haberlo hecho por error y desconocimiento, ya que la compañera permanente siempre fue la Sra. Rosa Margarita Paternina Osorio³⁶.

5. Acta de Declaración juramentada de la Sra. Rosa Margarita Paternina Osorio, donde expresó la existencia de la Unión Marital de hecho con el occiso hasta el día de su muerte, así como la dependencia económica de este³⁷.
6. Acta de Declaración juramentada de la Sra. Yarlide María Ortega Cortes, quien manifestó que conoció de vista, trato y comunicación al Sr. Aníbal Garay Velásquez y la Sra. Rosa Margarita Paternina Osorio, y a quien le consta acerca de la existencia de la Unión Marital de hecho desde más de 25 años entre los mencionados hasta el día en que el Sr. Aníbal Garay pereció, así como la dependencia económica de este³⁸.
7. Acta de Declaración juramentada de la Sra. Doris Margarita Santodomingo Covo, quien manifestó que conoció de vista, trato y comunicación al Sr. Aníbal Garay Velásquez y la Sra. Rosa margarita Paternina Osorio, y a quien le consta acerca de la existencia de la Unión Marital de hecho desde más de 25 años entre los mencionados hasta el día en que el Sr. Aníbal Garay pereció, así como la dependencia económica de este³⁹.
8. Resolución N° 2855 del 24 de mayo de 2012, mediante el cual se le reconoce a los menores hijos Garay Paternina Jesús David y Garay Betancour Melissa María en un porcentaje del 50% de la asignación de retiro, correspondiéndole a cada uno un 25% de esta, por otro lado se dejó en suspenso el 50% restante, toda vez que existían varias beneficiarias con igual derecho, esto es de las Sras. Rosa Margarita Paternina Osorio y María del Socorro Betancour, dejando claridad en la parte motiva que la Sra. Josefina Matilde Monterrosa Padilla figura como la esposa del occiso Aníbal Garay Velásquez⁴⁰.
9. Oficio N° 006165/-ARASO-GRUSE-22 del 25 de 2012, donde la Dirección de Bienestar Social de la Policía Nacional le informa a la Jefe Grupo Auxilio Mutuo y Préstamo que, el Sr. Aníbal Garay Velásquez en el último formato actualizado de Auxilio Mutuo de fecha 04-102004 figuran como beneficiadas las Sra. Josefina Matilde Monterrosa Padilla en calidad de cónyuge y Rosa Margarita Paternina Osorio en calidad de Compañera⁴¹.
10. Registro Civil de Nacimiento del menor Jesús David Garay Paternina⁴².
11. Carnet de sanidad del menor Jesús David Garay Paternina⁴³.

³⁵ Fl. 9.

³⁶ Fl. 10.

³⁷ Fl. 11.

³⁸ Fl. 12.

³⁹ Fl. 13.

⁴⁰ Fls. 14 - 15.

⁴¹ Fl. 16 y 85 86.

⁴² Fl. 17.

⁴³ Fl. 18.

12. Registro civil de defunción del Sr. Aníbal Garay Velásquez, donde consta que este murió el 24 de marzo de 2012⁴⁴.
13. Certificado de Monte Sacro de fecha 16 de julio de 2013 de Bogotá, donde consta que el día 25 de marzo de 2012, se prestó el sepelio del Sr. Aníbal Garay Velásquez y quien estuvo a cargo del servicio funerario fue la Sra. Rosa Paternina Osorio, en calidad de compañera permanente⁴⁵, se anexó el contrato de suministro de servicios a folio 14.
14. Registro Civil de matrimonio entre el Sr. Aníbal Garay Velásquez y la Sra. Josefina Matilde Monterroza Padilla, donde consta que el matrimonio fue el 05 de febrero de 1977⁴⁶.
15. Carnet de sanidad de la Policía Nacional de la Sra. Josefina Matilde Monterroza Padilla⁴⁷.
16. Acta de Declaración juramentada de la Sra. María Pastora Hernández Sierra, quien manifestó que conoció de vista y trato al Sr. Aníbal Garay Velásquez y a la Sra. Josefina Matilde Monterroza Padilla, y a quien le consta que eran casados y que convivieron juntos de manera permanente y bajo el mismo techo desde la fecha de su matrimonio el 05 de febrero de 1977 hasta el día de su muerte, esto es 24 de marzo de 2012, y que su lugar de domicilio siempre fue la ciudad de Sincelejo, así como la señora dependía económicamente de este⁴⁸.
17. Acta de Declaración juramentada de la Sra. Elida María Palacio Campo, quien manifestó que conoció de vista y trato al Sr. Aníbal Garay Velásquez y a la Sra. Josefina Matilde Monterroza Padilla, y a quien le consta que eran casados y que convivieron juntos de manera permanente y bajo el mismo techo desde la fecha de su matrimonio el 05 de febrero de 1977 hasta el día de su muerte, esto es 24 de marzo de 2012, y que su lugar de domicilio siempre fue la ciudad de Sincelejo, así como la señora dependía económicamente de este⁴⁹.
18. Fotografías de la boda entre el Sr. Aníbal Garay Velásquez y la Sra. Josefina Matilde Monterroza Padilla⁵⁰.
19. Certificado de la Funeraria Los Ángeles S.A., donde certifican que el 26 de marzo de 2012 se prestó el servicio funerario del Sr. Aníbal Garay Velásquez, servicio que fueron autorizados por Inversiones Montesacro, que quienes estuvieron al frente de la coordinación de las honras fúnebres y destino final del fallecido fue las Sras. Suguey Garay Monterroza en calidad de hija y Josefina Matilde Monterroza Padilla⁵¹, para lo cual aportaron el contrato de arrendamiento de bóveda, acta de recibo de insumos y carta⁵².
20. Certificado expedido por Inversiones La Esperanza Ltda., donde manifiesta que el cuerpo del Occiso Aníbal Garay se encuentran en su parque cementerio y serán exhumados y trasladados al osario de propiedad de la Sra. Suguey Garay Monterroza⁵³.
21. Carta de vencimiento del contrato de arrendamiento de bóveda⁵⁴.
22. Recibos de caja de la Inversiones la Esperanza, a nombre de Suguey Garay Monterroza⁵⁵.

⁴⁴ Fl. 19.

⁴⁵ Fl. 20.

⁴⁶ Fl. 75.

⁴⁷ Fl. 76

⁴⁸ Fl. 78.

⁴⁹ Fl. 79.

⁵⁰ Fls. 80 - 84.

⁵¹ Fls. 87.

⁵² Fls. 88 - 91.

⁵³ Fl. 92.

⁵⁴ Fl. 93.

⁵⁵ Fl. 94 y 96 - 98.

23. Contrato de adquisición de bienes y/o servicios prepagados de Funeraria La Esperanza, a nombre de Suhey Garay Monterroza⁵⁶.

24. Factura de Marmolería Diamontini, a nombre de Suhey Garay Monterroza⁵⁷.

25. Expediente administrativo del Sr. Aníbal Garay Velásquez⁵⁸, donde figuran los siguientes documentos relacionados con el asunto tratado:

- Liquidación de la asignación de retiro realizada por CASUR a folio 4 del C.D.
- Resolución N° 1586 del 12 de mayo de 1995, mediante el cual se le reconoció la Asignación de Retiro al Sr. Aníbal Garay Velásquez, así como también de la Comunicación de esta, vistas a folios 5 a 8 del C.D.
- Resolución 02661 del 06 de mayo de 2011, mediante el cual se le reajusta la asignación de retiro, por el IPC, por orden impartida en fallo del 24-08-2001, proferido por el Juzgado Primero de Administrativo de Sincelejo, visto a folios 100 - 101 del C.D.
- Registro Civil de Nacimiento de la menor Melissa María Garay Betancour, visto a folio 107 del C.D.
- Solicitud de la asignación de retiro del 13 de abril de 2012 por parte de la Sra. Rosa Margarita Paternina Osorio en calidad de compañera permanente, a folio 109 del C.D.
- Registro Civil de defunción del Sr. Aníbal Garay Velásquez, a folio 110 del C.D.
- Declaración extra juicio de fecha 13 de abril de 2012, ante Notaria 14 de Bogotá, donde manifiesta la Sra. Rosa Margarita Paternina Osorio acerca de la Unión marital de hecho con el Sr. Aníbal Garay desde el 10 de noviembre de 1987 hasta el día de su muerte 24 de marzo de 2012, a folios 112 - 113 del C.D.
- Declaración extra juicio de fecha 29 de diciembre de 2009, ante Notaria 1ª de Sincelejo, donde manifiesta el Sr. Gilberto García Molina acerca de la Unión marital de hecho entre la Sra. Rosa Margarita Paternina Osorio con el Sr. Aníbal Garay y a quien le consta acerca de la existencia de la Unión Marital de hecho desde más de 25 años entre los mencionados hasta el día en que el Sr. Aníbal Garay pereció, así como la dependencia económica de este, a folio 114 del C.D.
- Declaración extra juicio de fecha 29 de diciembre de 2009, ante Notaria 1ª de Sincelejo, donde manifiesta el Sr. José González González acerca de la Unión marital de hecho entre la Sra. Rosa Margarita Paternina Osorio con el Sr. Aníbal Garay y a quien le consta acerca de la existencia de la Unión Marital de hecho desde más de 25 años entre los mencionados hasta el día en que el Sr. Aníbal Garay pereció, así como la dependencia económica de este, a folio 116 del C.D.
- Registro Civil de Nacimiento del menor Jesús David Garay Paternina, visto a folio 119 del C.D.
- Carnet de Sanidad del Menor Jesús Garay Paternina a folios 120 - 121 del C.D.
- Oficio de CASUR denominado Grupo de sustituciones, donde aparece como beneficiaria la Sra. Josefina Matilde Monterroza Padilla, como cónyuge del occiso y la Sra. Rosa Margarita Paternina Osorio, como compañera permanente, visto a folio 124 del C.D.
- Solicitud a CASUR de parte de la Sra. María del Socorro Betancour Berrio en representación de su menor hija Melissa Garay Betancour, para que se realicen los pagos del reconocimiento como beneficiaria de la sustitución de la

⁵⁶ Fl. 95.

⁵⁷ Fl. 99.

⁵⁸ Fl. 101, anexo en un C.D. por CASUR.

asignación de retiro por la muerte del Sr. Aníbal Garay, visto a folios 125 - 128 del C.D.

- Declaración extra juicio de fecha 23 de abril de 2012, ante Notaria 3ª de Sincelejo, donde manifiesta los Sres. María Candelaria Pacheco Tamara y el Sr. Libardo de Jesús Díaz Pérez acerca de la Unión marital de hecho entre la Sra. María del Socorro Betancour Berrio con el Sr. Aníbal Garay y a quien le consta acerca de la existencia de la Unión Marital de hecho desde más de 35 años entre los mencionados hasta el día en que el Sr. Aníbal Garay pereció, y de la procreación de la menor Melissa María Garay Betancour, así como la dependencia económica de este, a folio 132 del C.D.
- Oficio de CASUR denominado Grupo de sustituciones, donde aparece como beneficiaria la Sra. María del Socorro Betancour Berrio, como compañera permanente, visto a folio 134 del C.D.
- Resolución 2855 del 24 de mayo de 2012, mediante el cual se le reconoce pensión sustitutiva a los menores hijos Garay Paternina Jesús David y Garay Betancour Melissa María en un porcentaje del 50% de la asignación de retiro, correspondiéndole a cada uno un 25% de esta, por otro lado se dejó en suspenso el 50% restante, toda vez que existían varias beneficiarias con igual derecho, esto es de las Sras. Rosa Margarita Paternina Osorio y María del Socorro Betancour, dejando claridad en la parte motiva que la Sra. Josefina Matilde Monterroza Padilla figura como la esposa del occiso Aníbal Garay Velásquez, visto a folios 138 - 141 del C.D.
- Solicitud de la asignación de retiro del 01 de junio de 2012 por parte de la Sra. Rosa Margarita Paternina Osorio en calidad de compañera permanente, a folios 148 - 152 del C.D, anexó declaraciones juramentada de convivencia con el occiso, así como de la Sra. María del Socorro Betancour Berrio, donde expresa su renuncia a la asignación de retiro y reconoce que la Sra. Rosa Paternina era la compañera permanente del Sr. Aníbal Garay; del formato actualizado del beneficiario de auxilio mutuo, expedido por el Bienestar Familiar de la Policía Nacional el 25 de abril de 2012, así como la actualización de apoyo mutuo de 2004, donde aparecen tanto la Cónyuge Josefina Monterroza Padilla y la Compañera Permanente Rosa Paternina Osorio, vistos a folios 153 - 158 del C.D.
- Oficio N° 1591/GST-SDP del 27 de septiembre de 2012, expedido por CASUR, donde se le comunica la Resolución N° 2855 del 24 de mayo de 2012 a la Sra. Rosa Paternina, en la cual se dejó en suspenso el 50% de la sustitución de la asignación de retiro, toda vez que la Cónyuge Josefina Monterroza, también presentó la solicitud de la sustitución pensional, visto a folio 159 del C.D.
- Solicitud de la asignación de retiro del 30 de mayo de 2012, radicado el 1º de junio de 2012, por parte de la Sra. Josefina Monterroza Padilla en calidad de cónyuge, a folio 160 del C.D., anexando el registro de defunción del Sr. Aníbal, declaración juramentada de casada y de convivencia con el occiso, carnet de sanidad de la Sra. Josefina Monterroza.
- Oficio N° 1590/GST-SDP del 27 de septiembre de 2012, expedido por CASUR, donde se le comunica la Resolución N° 2855 del 24 de mayo de 2012 a la Sra. Josefina Monterroza, en la cual se dejó en suspenso el 50% de la sustitución de la asignación de retiro, toda vez que las Compañeras permanentes Rosa Paternina y María del Socorro Betancour, también presentó la solicitud de la sustitución pensional, visto a folio 169 del C.D.
- Solicitud de reconocimiento y pago de la sustitución de la asignación de retiro por parte de la Sra. Josefina Monterroza de fecha de radicado del 03 de marzo de 2013, al ser beneficiaría del occiso Aníbal Garay, visto a folio 170 del C.D.

- Oficio GST-SDP 632.13 del 20 de marzo de 2013, expedido por CASUR, donde se le comunica la Resolución N° 2855 del 24 de mayo de 2012 a la Sra. Josefina Monterroza, en la cual se dejó en suspenso el 50% de la sustitución de la asignación de retiro, toda vez que las Compañeras permanentes Rosa Paternina y María del Socorro Betancour, también presentó la solicitud de la sustitución pensional, visto a folio 171 del C.D.
- Solicitud por parte de la Sra. Josefina Monterroza de información acerca de la sustitución de la asignación de retiro del occiso Aníbal Garay de fecha de radicado del 17 de febrero de 2014, al ser beneficiaria, visto a folios 181 - 183 del C.D.

Con relación a las fotografías que reposan en el expediente allegadas por la parte vinculada -Josefina Matilde Monterroza Padilla- junto con la contestación de la demanda, debe puntualizarse que, las fotografías por si solas no acreditan que la imagen capturada corresponda al día de los hechos que pretenden probarse a través de ellas, puesto que lo único que hacen es registrar un hecho, pero no se puede demostrar que este coincida con el momento que es objeto de la demanda.

Al respecto, el H. Consejo de Estado en sentencia del 25 de abril de 2012, Radicación N° 68001-23-15-000-1997-00807-01(22377), consejero ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa, manifestó:

En relación con el valor probatorio de las fotografías, la Sección Tercera del Consejo de Estado ha señalado que “dentro del género de los documentos las fotografías corresponden a la especie de los representativos, puesto que “... no contiene ninguna declaración, sino que se limita a fijar una escena de la vida en particular, en un momento determinado, es decir, a representarla.”⁵⁹ Con la intención de definir el valor probatorio de las fotografías que se relacionarán a continuación, la Sala advierte que de acuerdo con el artículo 252 del Código de Procedimiento Civil los documentos que han de apreciarse como pruebas deben ser auténticos, “es decir debe haber certeza respecto de la persona que lo ha elaborado y de que el hecho plasmado en el documento, en este caso en las fotografías, corresponda a la realidad, puesto que, al igual que en cualquier otro documento, hay riesgo de alteración”⁶⁰.

... Lo cierto es que bajo ningún supuesto pueden ser valoradas dado que sólo dan cuenta del registro de varias imágenes, sobre las que no es posible determinar su origen, ni el lugar, ni la época en que fueron tomadas o documentadas⁶¹.

De lo anterior se colige los siguientes supuestos de hecho:

- Que el Sr. ANÍBAL GARAY VELÁSQUEZ, le fue reconocida la asignación de retiro, mediante Resolución N° 1586 del 12 de mayo de 1995.

⁵⁹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 14 de abril de 2010. C.P. Mauricio Fajardo Gómez. A.P. Exp. 1472.

⁶⁰ Ibídem.

⁶¹ Cfr. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 3 de febrero de 2010. C.P. Enrique Gil Botero. Exp. 18034.

- Que el Sr. ANÍBAL GARAY se encontraba casado con la Sra. Josefina Matilde Monterroza Padilla desde el 05 de febrero de 1977, sociedad conyugal, que se encontraba vigente hasta el día de su muerte, esto es el 24 de marzo de 2012.
- Por otro lado, el occiso, mantuvo una relación simultánea con la Sra. Rosa Margarita Paternina Osorio, desde el año 1987 hasta el día de su muerte, esto es por un término superior a 20 años.
- Analizadas las pruebas en su conjunto, se observa que un grupo de los declarantes afirma que la última compañera del Sr. ANÍBAL GARAY fue la demandante y otros que siempre mantuvo relaciones de pareja con su esposa, indicando que el causante proveía por el sustento de cada hogar y que existían vínculos de afecto y apoyo en relación con ambas interesadas.
- Que el finado mantenía una convivencia simultánea entre las Sras. Josefina Matilde Monterroza Padilla y Rosa Margarita Paternina Osorio, por lo que se acreditó que ambas mantuvieron relaciones de afecto y apoyo mutuo con el causante durante sus últimos años de vida, situación por la cual tienen derecho a acceder a la prestación reclamada.
- En cuanto a la Sra. María del Socorro Betancour Berrio, no se hará reconocimiento de la asignación de retiro toda vez que en declaración juramentada realizada por ella misma, donde expresa que conoce por más de 20 años a la Sra. Rosa Margarita Paternina Osorio, fue la compañera permanente del Causante, y que por tanto desiste de manera voluntaria de ese reconocimiento, al no tener la calidad de compañera permanente, declaración que no fue tachada de falsa, así como también al haberse vinculado al proceso guardado silencio durante todo su trámite.

Por todo lo anterior, se le reconocerá la sustitución de la asignación de retiro a las Sras. Josefina Matilde Monterroza Padilla y Rosa Margarita Paternina Osorio en porcentajes iguales, al no existir razones que justifiquen un trato diferente al que aquí se dispone pues concurre el elemento material de convivencia y apoyo mutuo, de manera simultánea, por voluntad propia del causante, en cabeza de la cónyuge y de la compañera, por lo que en una interpretación de justicia, equidad e igualdad no existirá distinción en el monto reconocido, por lo que el restante 50% que se mantuvo suspendido en la Resolución N° 2855 del 24 de mayo de 2012, se distribuirá en un 25% para cada una de las mencionadas, así como de todos los demás derechos de la seguridad social, como lo expreso el consejo de estado de la siguiente manera:

“Así, los derechos de la seguridad social comprenden a cónyuges y compañeros permanentes de la misma manera. El derecho a la pensión de sobrevivientes constituye uno de ellos y respecto de su reconocimiento puede llegar a producirse un conflicto

entre los potenciales titulares del mismo. En ese caso, se ha establecido legalmente que el factor determinante para dirimir la controversia está dado por el compromiso de apoyo afectivo y de comprensión mutua existente entre la pareja al momento de la muerte del trabajador pensionado. Así lo recordó esta Corporación:

(...)

Bajo el anterior precedente, y a la luz de los artículos 13, 42 y 48 de la Constitución Política, los derechos a la seguridad social comprenden de la misma manera tanto al cónyuge como al compañero o compañera permanente. Así entonces, factores como el auxilio o apoyo mutuo, la convivencia efectiva, la comprensión y la vida en común al momento de la muerte son los que legitiman el derecho reclamado.

(...)

No hay duda entonces, sobre la tendencia en el derecho colombiano al reconocimiento pleno de los derechos de los compañeros permanentes en materia de derechos prestacionales, concretamente en lo que corresponde a la legitimación para el derecho a la sustitución pensional.”⁶²

Conforme a lo antes mencionado y en aplicación del Decreto 4433 de 2004, la demandante y la vinculada Josefina Matilde Monterroza Padilla tienen derecho a que la CAJA DE SUELDO DE RETIRO DE LA POLICÍA NACIONAL “CASUR”, le reconozca y paguen la sustitución de la asignación de retiro, por causa del fallecimiento del Sr. Aníbal Garay Velásquez en porcentaje iguales, esto es 25% para cada una de ellas, el monto reconocido deberá indexarse desde la fecha de su fallecimiento hasta la fecha de la sentencia, conforme a la siguiente fórmula:

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

Según la cual el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es el que corresponde a la prestación social, por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE (vigente a la fecha de ejecutoria esta sentencia) por el índice inicial (vigente para la fecha en que debería efectuarse el pago).

DE LA PRESCRIPCIÓN.

La prescripción constituye un modo de extinguir las obligaciones y sucede cuando el acreedor deja pasar cierto lapso sin ejercitar la acción correspondiente o pedir ante la administración el reconocimiento y/o pago del derecho; se cuenta desde que la obligación se hace exigible (art. 2535 del C.C.). Conforme a lo anterior, la prestación será reconocida a las accionante, en su condición de esposa y compañera permanente, en las condiciones antes descritas, pero sin que deba pasarse por alto la aplicación del Decreto 4433 de 2004 en lo que respecta a la prescripción trienal, por ser la normativa vigente al momento del fallecimiento de la víctima directa, la cual dispone lo siguiente:

⁶² CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN “B”, Consejero ponente: GERARDO ARENAS MONSALVE, Bogotá D.C., treinta (30) de julio de dos mil nueve (2009).

DECRETO 4433 DE 2004

Artículo 43. Prescripción. Las mesadas de la asignación de retiro y de las pensiones previstas en el presente decreto prescriben en tres (3) años contados a partir de la fecha en que se hicieron exigibles.

Es así que, para el presente caso, no ha ocurrido el fenómeno jurídico de la prescripción, toda vez que el acto demandado fue expedido el 24 de mayo de 2012, y la demanda fue presentada el 05 de diciembre de 2013, lo que hace ver que no han transcurrido los tres años que se exige para que ocurra tal fenómeno jurídico.

CONCLUSIÓN

El problema jurídico inicial es positivo, puesto que de conformidad con las pruebas aportadas se pudo constatar que la Sra. Rosa Paternina es acreedora del beneficio sustitutivo aquí requerido en un porcentaje del 25%, por lo que se le reconocerán las pretensiones de la demanda a la Sra. Rosa Margarita Paternina Osorio, así como también a la vinculada Josefina Matilde Monterroza Padilla, la sustitución de la Asignación de retiro, que se encontraba en cabeza del causahabiente Aníbal Garay Velásquez, en porcentajes iguales, esto es en un 25% para cada una de ellas, y por ende se declarará la nulidad parcial de la Resolución 2855 del 24 de mayo de 2012, referente al Artículo Segundo de la parte resolutive.

4. CONDENAS EN COSTAS.

El art. 188 de la Ley 1437 de 2011, dispone que salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código General del Proceso.

Así las cosas, se condena en costas a la parte demandada, las cuales serán tasadas por Secretaría conforme las previsiones de los arts. 365 y 366 del C.G.P., y los parámetros establecidos en el Acuerdo 1887 de 2003, modificado por el Acuerdo 2222 de 2003 y a la duración del proceso, en un porcentaje del 5%.

5. DECISIÓN:

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Tercero Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, Administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA:

PRIMERO: DECLÁRESE la nulidad parcial del acto administrativo - Resolución 2855 del 24 de mayo de 2012, referente al Artículo Segundo de la parte resolutive-, Proferido por la CAJA DE SUELDO DE RETIRO DE LA POLICÍA NACIONAL "CASUR", el cual dejó suspendido el reconocimiento del 50% de la sustitución de la asignación de retiro a las Sras. ROSA

MARGARITA PATERNINA OSORIO y JOSEFINA MATILDE MONTERROZA PADILLA, por la muerte del Sr. ANÍBAL GARAY VELÁSQUEZ.

SEGUNDO: Como consecuencia de la declaración anterior, y a título de restablecimiento del derecho, se ORDENA a la CAJA DE SUELDO DE RETIRO DE LA POLICÍA NACIONAL “CASUR”, reconocer, liquidar y pagar la sustitución de la asignación de retiro a las Sras. ROSA MARGARITA PATERNINA OSORIO y JOSEFINA MATILDE MONTERROZA PADILLA, en porcentajes iguales, esto es 25% para cada una de ellas, por la muerte del Sr. ANÍBAL GARAY VELÁSQUEZ, a partir del momento de su muerte, realizando la respectiva indexación conforme a la fórmula:

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

Según la cual el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es el que corresponde a la prestación social, por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE (vigente a la fecha de ejecutoria esta sentencia) por el índice inicial (vigente para la fecha en que debería efectuarse el pago).

TERCERO: DECLÁRESE como no probada la prescripción de oficio las mesadas pensionales, por las razones expuestas.

QUINTO: CONDÉNESE en costas a la parte demandada, las cuales serán tasadas por Secretaría conforme las previsiones del art. 361 del C.G.P., y los parámetros establecidos en el Acuerdo 1887 de 2003, modificado por el Acuerdo 2222 de 2003 y a la duración del proceso, en un porcentaje del 5%..

SEXTO: La presente sentencia se cumplirá de acuerdo con lo establecido en los arts. 192 y 203 de la Le 1437 de 2011.

SÉPTIMO: En firme este fallo, devuélvase al demandante el excedente, si lo hubiere, de las sumas consignadas para gastos de proceso. Efectúese las comunicaciones del caso para su cabal cumplimiento, cancélese su radicación, archívese el expediente, previa anotación en el sistema informático de administración judicial siglo XXI.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

CLARA LUZ PÉREZ MANJARRÉS
JUEZ