



JUZGADO DOCE ADMINISTRATIVO
DE ORALIDAD DE BOGOTÁ
SECCIÓN SEGUNDA

| NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO | |
|---|--|
| RADICACIÓN No. | 11001333501220150086600 |
| DEMANDANTE | OLIVA VARGAS DE DÍAZ |
| DEMANDADO | FONDO DE PRESTACIONES ECONÓMICAS, CESANTÍAS Y PENSIONES —EN ADELANTE FONCEP— |

ACTA N° 273- 17
AUDIENCIA DE ALEGACIONES Y JUZGAMIENTO
(ART. 182 DEL CPACA)

En Bogotá D.C. once (11) de agosto de dos mil diecisiete (2017), siendo las once y cincuenta de la mañana (11:50 a.m.), fecha y hora previamente señalada en la audiencia anterior para llevar a cabo la presente audiencia, la suscrita Juez Doce Administrativo de Oralidad de Bogotá, en asocio de su Secretario ad-hoc constituyó en audiencia pública la Sala 35 de la Sede Judicial CAN y la declaró abierta para tal fin.

I. VERIFICACIÓN DE ASISTENCIA DE APODERADOS

| | |
|--|----------------------------------|
| Apoderado de la demandante —Olivia Vargas de Diaz— | JUAN GABRIEL VILLAMARÍN MARTÍNEZ |
| Apoderado del FONCEP | JUAN CARLOS BECERRA RUIZ |

II. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Se le concede la palabra a **los apoderados de las partes intervinientes**, para que manifiesten si de lo actuado observan alguna irregularidad o vicio que afecte lo actuado.

Las partes manifiestan no observar vicio o irregularidad que anule lo actuado.

El Despacho al igual que las partes, encuentra que **no existe causal de nulidad que invalide lo actuado**, y por lo mismo se procede con la práctica de pruebas.

La presente decisión se notificó en estrados.

III. ALEGACIONES

A continuación, se corre traslado a las partes para que presenten alegatos de conclusión, para lo cual se precisa que cada una de las intervenciones quedan consignadas en videograbación.

IV. SENTENCIA

Escuchados los alegatos de conclusión expuestos por los apoderados de las partes y el concepto del Ministerio Público —si lo hubiere—, procede el Despacho a dictar la correspondiente sentencia, para lo cual se procede a determinar el problema jurídico, la tesis del Despacho, el marco normativo que gobierna la pensión de jubilación gracia y finalmente, se abordará el caso concreto, con fundamento en las pruebas documentales allegadas al plenario.

1.1. PROBLEMA JURÍDICO.

Corresponde determinar si es presente aplicar retrospectivamente la Ley 100/93 frente al reconocimiento de una pensión de sobrevivientes, o si por el contrario el régimen jurídico que procede aplicar es el vigente al fallecimiento del causante.

Si en caso afirmativo prospera la aplicación retrospectiva de la Ley 100/93, se entrará a verificar si la demandante cumple los requisitos para que le sea reconocida la pensión de sobrevivientes desde su entrada en vigencia.

1.2. FUNDAMENTOS QUE SUSTENTAN LA TESIS DEL DESPACHO.

La decisión que tomará el Despacho se sustenta principalmente en la argumentación expuesta por la Corte Constitucional en la sentencia T-564/15.

1.2.1. La seguridad social en un Estado Social de Derecho y la pensión de sobrevivientes antes y después de la reforma constitucional de 1991.

El Estado Colombiano, definido desde la Constitución de 1991 como un Estado Social de Derecho, cuenta con la obligación de garantizar la eficacia de los principios y derechos consagrados en la Carta Política, no sólo desde una perspectiva negativa, esto es, procurando que no se vulneren los derechos de las personas, sino que, en adición de ello, se encuentra compelido a tomar todas las medidas pertinentes que permitan su efectiva materialización.

Es por ello que la Seguridad Social siendo un aspecto de tanta importancia, ha sido concebida como un instituto jurídico de naturaleza dual que tiene la condición tanto de derecho fundamental, como de servicio público esencial, de tal manera que, por su estructura, es el Estado el obligado a dirigir, coordinar y controlar su efectiva ejecución.

En el ámbito internacional son varios los instrumentos que reconocen el derecho a la seguridad social como un atributo propio e inalienable del ser humano. Así por ejemplo, el artículo 22 de la Declaración Universal de Derechos Humanos establece: "Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social, y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad".

El artículo 16 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre¹, aprobada en 1948, afirma que: "Toda persona tiene derecho a la seguridad social que le proteja contra las consecuencias de la desocupación, de la vejez y de la incapacidad que, proveniente de cualquier otra causa ajena a su voluntad, la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios de subsistencia".

De manera similar, el artículo 9 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales "PROTOCOLO DE SAN SALVADOR" prescribe: "Toda persona tiene derecho a la seguridad social que la proteja contra las consecuencias de la vejez y de la incapacidad que la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios

¹ Aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana Bogotá, Colombia, 1948

para llevar una vida digna y decorosa. En caso de muerte del beneficiario, las prestaciones de seguridad social serán aplicadas a sus dependientes².

Conforme la lectura de las anteriores normas, resulta ineludible concluir que el derecho a la seguridad social es una garantía de carácter irrenunciable, que si bien se encuentra en el título de derechos económicos, sociales y culturales de la Carta Política, lo cierto es que por su carácter de conexidad con los derechos a la vida, dignidad e igualdad —entre otros—, no solo trasciende como derecho fundamental sino también como una obligación cuyo destinatario es exclusivamente el Estado.

Adicional a lo expuesto, es necesario destacar que el concepto de “seguridad social” hace referencia a la totalidad de las medidas que propenden por el bienestar de la población en lo relacionado con la protección y cobertura de unas necesidades que han sido socialmente reconocidas, y por tanto, se constituye en un elemento esencial para la materialización del modelo de Estado que hemos acogido y que nos define como una sociedad fundada en los principios de dignidad humana, solidaridad, trabajo y prevalencia del interés general².

Todas las anteriores preceptivas constitucionales harían notar el funcionamiento óptimo de los fines esenciales del estado, de no ser porque los acuerdos internacionales de carácter obligante que se han suscrito no han sido implementados de manera eficiente en nuestro ordenamiento jurídico, lo cual se nota en las normas que con anterioridad a la Constitución de 1991 fueron expedidas y que regulaban la seguridad social, ya que las mismas surgieron en el marco de la Constitución vigente para ese entonces, no obstante, si a futuro las mismas se avienen contrarias a las garantías del Estado Social de Derecho que se propuso con la reforma Constitucional, lo mínimo es que sea el Estado quien proteja las situaciones jurídicas que se consoliden con la aplicación del nuevo sistema y no dejarlas en el olvido so pretexto de haberse consolidado bajo dichas normas, más si se trata de un aspecto tan fundamental y vulnerable como es la seguridad social de los ciudadanos, pues existe un agravante según el cual para ese entonces ya el Estado Colombiano había suscrito acuerdos internacionales que propendían por su salvaguarda.

Una de las situaciones a las que se alude en precedencia es concretamente el derecho a la pensión de sobrevivientes que sólo surgió con la expedición del Decreto 758/90 y ello exclusivamente para las personas afiliadas al entonces Seguro Social, mientras que a los demás trabajadores no les era posible acceder a ella por contar con otra entidad de previsión; después, dentro de la vigencia de la Constitución Política de 1991, fue con la Ley 100 de 1993 que surgió para todos los ciudadanos que estuvieran afiliados al entonces naciente Sistema de Seguridad Social Integral, siempre que se acreditara 26 semanas en el último año anterior a la muerte.

No ocurría lo mismo con la sustitución pensional, pues la misma se remonta a tiempos preconstitucionales, bajo el supuesto de que en ese caso los afiliados ya cuentan con derecho pensional que sustituir.

En este punto es necesario precisar que las dos acreencias prestacionales, desde un punto de vista teleológico comparten la misma finalidad, es decir garantizan que el núcleo familiar del afiliado pueda disfrutar de los beneficios de una prestación económica que, fundada en principios de justicia retributiva, equidad,

² Constitución Política de Colombia, Artículo 1.

reciprocidad y solidaridad³, le garantice a estos el efectivo ejercicio de sus derechos subjetivos ante el fallecimiento de aquel miembro que se constituía en su sostén económico; de forma que no vean disminuidas sus condiciones de vida⁴. Ello, en cuanto el desconocimiento de dicha garantía puede implicar dejarlos en un evidente estado de absoluta desprotección e, incluso, reducirlos a una trágica situación de miseria⁵.

No obstante, el supuesto que configura su exigibilidad ante el Estado es distinto entre una y otra, en tanto que la pensión de sobrevivientes se configura en los eventos en los que un trabajador, sin tener la condición de pensionado, ni cumplir con los requisitos legales para hacerlo, fallece y, previa verificación del cumplimiento de determinados requisitos creados por la ley, asegura que su núcleo familiar no se vea irrazonablemente afectado por dicha situación, mientras que la sustitución pensional se materializa cuando el afiliado ya ostenta la condición de pensionado o cumple los requisitos legalmente exigibles para el efecto, de forma que esta no consagra un nuevo derecho del que son titulares los familiares del pensionado, sino que transfiere o sustituye aquel del que éste goza.

1.2.2. Aplicación de la Ley en el tiempo en materia de reconocimiento de pensión de sobrevivientes.

Se hará un recuento de la jurisprudencia que ha sido proferida por las Altas Cortes en relación con la manera en que debe ser interpretada y aplicada la normatividad concerniente al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes en casos que se configuraron con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 y, en específico, antes de la entrada en vigencia de la Constitución de 1991, para luego asumir cuál de ellas es la que este Despacho asume.

Al respecto, se tiene que el Consejo de Estado, en un inicio, desarrolló una postura conforme a la cual, si bien se ha aceptado que la aplicación retroactiva de la Ley resulta por regla general improcedente, su acogimiento retrospectivo⁶ no se encuentra cobijado por dicha proscripción, ya que la ley posterior sí puede mejorar las condiciones económicas del pensionado, lo que no puede hacer, por contrariar preceptos constitucionales y es desmejorar los derechos ya reconocidos.

Con posterioridad a la posición anteriormente referenciada, el Consejo de Estado, mediante sentencia del 25 de abril de 2013⁷, decidió “rectificar” su jurisprudencia, indicando que “la ley que gobierna el reconocimiento de la pensión de beneficiarios es la vigente al momento del fallecimiento del causante y no una posterior.” Por lo que aduce que, en la práctica, lo que se está haciendo es una aplicación retroactiva del ordenamiento jurídico.

Por su parte la Corte Suprema de Justicia, ha considerado que la muerte del afiliado consolida la situación jurídica de su núcleo familiar y, por ello, únicamente resulta aplicable el régimen legal vigente al momento del fallecimiento y sostiene que pretender aplicar una normativa que no se encontraba vigente al momento de la muerte del causante, implica necesariamente darle efecto retroactivo a la misma, irrumpiendo con el principio de irretroactividad de la Ley.⁸

³ En razón a que, de conformidad con lo reseñado en la sentencia T-110 de 2011, dicha prestación se establece en cabeza de quienes sostuvieron una relación afectiva, personal y de apoyo con el asegurado.

⁴ Ver sentencias C-1094 de 2003, T-110 de 2011, T-228 de 2014, T-004 de 2015, entre otras.

⁵ *Ibidem*.

⁶ Doctrina en virtud de la cual una norma de derecho puede ser aplicada a hechos acontecidos con anterioridad a su entrada en vigencia, siempre y cuando la situación que entrará a regular no se encuentra completamente consolidada y, por tanto, sigue surtiendo efectos durante el marco temporal de aplicabilidad de esta.

⁷ Consejero Ponente: Luis Rafael Vergara Quintero. Radicación No. 76001233100020070161101 (1605-09)

⁸ Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia del diecinueve (19) de noviembre de 2007 Radicado No. 31.203.

Como se puede evidenciar en precedencia, tanto el Consejo de Estado como la Corte Suprema de Justicia, son coincidentes en señalar que la aplicación retrospectiva de la Ley pensional cuando la situación pensional se encuentra consolidada no es otra cosa que dar un efecto retroactivo y por ello ante situaciones acaecidas antes de la entrada en vigencia de la Carta Política y de la Ley 100/93, estas deben definirse conforme a la norma vigente al fallecimiento del afiliado.

El Despacho disiente del criterio adoptado por nuestro máximo órgano de cierre en sentencia de unificación del 25 de abril de 2013 y por lo mismo se apartará de las conclusiones allí adoptadas, dado que en un pronunciamiento mucho más reciente la Corte Constitucional mediante sentencia T-564/15, refiriéndose a la sentencia del Consejo de Estado, señaló que si bien dicha interpretación de las normas jurídicas en comento resulta, a priori, razonable y ajustada a los principios que determinan la aplicabilidad de las leyes en el tiempo, también se estima evidente que dicha postura, en el caso de los afiliados al sistema de seguridad social en pensiones que cotizaron con anterioridad a la entrada en vigencia de las normas que consagraron la figura de la pensión de sobrevivientes, genera una situación de absoluta desprotección en cabeza de los familiares del causante.

En esa misma oportunidad la Corte fue enfática en señalar que, en la práctica, resulta absolutamente desproporcionado e irrazonable admitir que el núcleo familiar de un afiliado al Sistema de Seguridad Social en Pensiones, que realizó sus cotizaciones durante una cantidad considerablemente elevada de años, se vea imposibilitado para acceder al reconocimiento de una prestación básica que, como se indicó con anterioridad, se encuentra íntimamente relacionada con la dignidad humana y se constituye en uno de los ejemplos por excelencia de la función y naturaleza del derecho a la seguridad social.

Aceptar lo contrario significaría admitir que un afiliado, que a pesar de haber sido solidario con el sistema y, en un caso hipotético, pudo haber cotizado casi la totalidad de las semanas requeridas para acceder a una pensión, se vea imposibilitado para dejar, tras su muerte, a su familia en un estado de absoluta desprotección; conforme al cual, no solo tendrían que haber lidiado con la muerte de su ser querido, sino que, en adición a ello, también se habrían encontrado en la necesidad de empezar a buscar medios económicos a partir de los cuales pudieran derivar su subsistencia (los cuales eran suministrados inicialmente por el causante).

Por ello resulta desproporcionado pensar que una persona que aportó al sistema al menos 26 semanas en el último año anterior a su fallecimiento o 50 semanas en los últimos 3 años anteriores a la muerte —reforma Ley 797/03—, fue lo suficientemente solidaria con éste como para que el Estado pueda llegar a reconocer a su núcleo familiar una prestación económica que garantice que el impacto de su muerte no sea tan drástico; mientras otra, que falleció antes de una fecha determinada, a pesar de haber cotizado una cantidad significativa de años (ya no se trata de semanas, se trata de años), no pueda llegar a configurar esta misma prerrogativa y que sea su núcleo familiar el que tenga que someterse a condiciones de absoluta e irrazonable desprotección y desamparo.

De forma que si bien la Constitución Política de 1991, en principio, únicamente tiene efectos desde el momento de su expedición, se ha estimado indudable que esta también entra a regir las situaciones de derecho que si bien tuvieron lugar con anterioridad a su vigencia, se encuentran actualmente produciendo efectos jurídicos. Así, al evidenciarse la existencia de una situación, que sigue teniendo

consecuencias legales, resulta necesario entender que estas cuentan con la obligación de ajustarse, en sus efectos, a los postulados básicos establecidos en el pacto social y que nos han constituido en un Estado Social y Democrático de Derecho (con las amplias connotaciones que ello implica).

Estimó la Corte que al existir situaciones pre-constitucionales cuyos efectos jurídicos siguen vigentes, es necesario entender que estos se encuentran regidos y permeados por la Constitución de 1991. De este modo, a partir de la aplicación de la Carta Política, es posible impedir la materialización de verdaderos anacronismos vivientes que, por el contexto legal y constitucional del que provienen, pueden, no solo legitimar y avalar situaciones que actualmente resultan evidentemente inconstitucionales, sino que, en adición a ello, permiten que estas se perpetúen en el tiempo y encuentren un marco de exención a los postulados de la actual constitución.

En este orden de ideas, se evidencia que si bien en este caso la interpretación adoptada tanto por la Corte Suprema de Justicia, como por el Consejo de Estado terminan siendo en principio ajustada al ordenamiento legal y constitucional que circunscribe su aplicación, dicha postura desconoce la totalidad del proceso histórico y evolutivo que ha permitido la creación de lo que ahora conocemos como el "Estado Social y Democrático de Derecho";⁹ el cual ya no solo implica que el Estado se encuentra en la obligación de permitir el autónomo ejercicio de las libertades individuales, sino que, en la actualidad, dispone que es él el encargado de garantizar las condiciones de posibilidad de su ejercicio, a través de conductas activas que contrarresten las desigualdades sociales existentes y le ofrezcan a la población las condiciones necesarias para ejercer materialmente dichas libertades.

En síntesis, la Corte en la sentencia T-564/15 argumenta que en estos casos no existe consolidación de la situación jurídica con la muerte del causante, en los siguientes términos:

"6.8. En conclusión, estima la Sala que, como una tercera interpretación plausible para la resolución de la problemática jurídica planteada (y, en la práctica la única hermenéutica que permite resolver dicha situación sin incurrir en un menoscabo evidente a los principios que rigen nuestro ordenamiento superior actual), resulta indispensable admitir que, en aras de impedir la configuración de espacios vacíos exentos del alcance y cobertura de la Constitución, se estime como no consolidada la situación jurídica de estas personas.

Lo anterior, pues si bien es cierto que, como se expuso con anterioridad, por regla general la situación jurídica de un afiliado se entiende consolidada cuando éste ha satisfecho los requisitos para hacerse acreedor a un determinado modelo pensional, o cuando acaece un hecho que hace imposible su configuración. En este caso se ha estimado necesario entender como no consolidada la situación jurídica de estas personas, con el objetivo de que, como producto del diáfano déficit de protección en el que se encuentran, sea posible dar aplicación retrospectiva a los postulados de la Ley 100 de 1993 (que contemplan la figura de la pensión de sobrevivientes) y, así, garantizar la efectividad del principio de supremacía constitucional y de todos los demás valores y principios de su esencia. Ello, con el objetivo de que esta situación no siga siendo avalada por el Estado Social y Democrático de Derecho que nos circunscribe y que cuenta con la obligación de propender por la materialización de unas condiciones mínimas de justicia e igualdad material.

Por lo expuesto en precedencia, la Corte concluye que, en el caso de este especial tipo de personas, resulta no solo admisible, sino necesario, entender que su situación jurídica no se ha consolidado, de forma que sea posible realizar una aplicación retrospectiva de la ley y de la Constitución, la cual, en su condición de instituto

⁹ Concepto que a la luz de lo expuesto en la sentencia T-406 de 1992, no debe ser entendido como una muletilla retórica sin aplicabilidad práctica directa.

omnicomprensivo y omnipresente debe ser aplicable a todas las situaciones que se configuren en su vigencia o que tengan efectos durante ella; de forma que la garantía del efectivo ejercicio de los derechos fundamentales, así como la materialización de los principios y finalidades que dan sustento tanto al pacto social como a la existencia misma del Estado, tome prevalencia con respecto a elementos de seguridad jurídica que si bien ostentan una elevada relevancia jurídica, no pueden constituirse en factores que legitimen situaciones evidentemente injustas.

1.2.3. Evolución histórica y naturaleza de la sustitución pensional antes y después de la Ley 100 de 1993.

Tal como se expuso en el anterior acápite, antes de la vigencia de la Ley 100/93 no existía la figura prestacional de la pensión de sobrevivientes, pero si de la sustitución pensional, por tanto se hará un recuento de su evolución hasta el surgimiento de la pensión de sobrevivientes ocurrida en el año 1993.

Así pues, tenemos que la sustitución pensional fue concebida inicialmente para el cónyuge supérstite y se denominaba "pensión en caso de muerte", la cual, según el artículo 39 del Decreto 3135 de 1968, se transmitía por un período de 2 años desde la muerte del causante; después, con el Decreto 434 de 1971 y la Ley 10 de 1972 se amplió a 5 años, y finalmente con la Ley 33 de 1973 se dijo que ésta se reconocería de manera vitalicia a favor de las viudas.

Pocos años después con las Leyes 12 de 1975 y 113 de 1985, se estableció que el derecho a la sustitución pensional no solo se otorgaba al cónyuge del pensionado fallecido, sino también a la compañera y/o compañero permanente, y mediante la Ley 44 de 1980 se fijó el procedimiento de traspaso y pago oportuno de las sustituciones pensionales.

Luego, con la Ley 71 de 1988 —artículo 3º— el Legislador recogió las normas que hasta ese momento existían en materia de sustitución pensional, dejando claro quiénes eran los beneficiarios legitimados para reclamar el derecho a la sustitución pensional.

Asimismo, en el año 1993, y más exactamente en el marco de la reforma constitucional que acababa de producirse en el año 1991, el Congreso mediante la Ley 100/93 expidió el Sistema General de Seguridad Social, norma que derogó todos los regímenes pensionales existentes hasta ese entonces y —en lo que interesa— creó la figura de la pensión de sobrevivientes como un único concepto que involucra la sustitución pensional. Veamos:

"ARTICULO. 46.- Modificado por el art. 12, Ley 797 de 2003 **Requisitos para obtener la pensión de sobrevivientes.** Tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes:

1. Los miembros del grupo familiar del pensionado por vejez, o invalidez por riesgo común, que fallezca.
2. Los miembros del grupo familiar del afiliado que fallezca, siempre que éste hubiere cumplido alguno de los siguientes requisitos:
 - a) Que el afiliado se encuentre cotizando al sistema y hubiere cotizado por lo menos veintiséis (26) semanas al momento de la muerte, y
 - b) Que habiendo dejado de cotizar al sistema, hubiere efectuado aportes durante por lo menos veintiséis (26) semanas del año inmediatamente anterior al momento en que se produzca la muerte.

PARAGRAFO.-Para efectos del cómputo de las semanas a que se refiere el presente artículo se tendrá en cuenta lo dispuesto en los párrafos del artículo 33 de la presente ley.

ARTICULO. 47.- *Modificado por el art. 13, Ley 797 de 2003* **Beneficiarios de la pensión de sobrevivientes.** *Reqlamentado parcialmente por el Decreto Nacional 1889 de 1994.* Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:

a) *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 éste cumplió con los requisitos para tener derecho a una pensión de vejez o invalidez 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;*

(...)

1.2.4. CASO CONCRETO: *Teniendo definida la procedencia en la aplicación retrospectiva la Ley 100 de 1993 frente a situaciones acaecidas antes de su entrada en vigencia, el Despacho procederá a verificar si la señora Oliva Vargas de Díaz en su calidad de cónyuge sobreviviente acredita el requisito de convivencia al momento del fallecimiento, y si en consecuencia es a ella a quien corresponde ordenar el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, que conforme a la aplicación de la Ley en el tiempo procede desde el 30 de junio de 1995, o si por el contrario, no se encuentra satisfecha tal exigencia.*

Así pues, tenemos que conforme a la valoración de los medios de prueba adosados al expediente, se probó lo siguiente:

- *Según copia del Registro Civil de Matrimonio, la señora Oliva Vargas González contrajo nupcias con el señor Lucinio Mora Rodríguez (q.e.p.d.) el 13 de agosto de 1955 en el municipio de Oicatá del departamento de Boyacá (fl. 4).*
- *Conforme al Registro Civil de Defunción visible en el folio 3 del expediente, se tienen que el señor Lucinio Mora Rodríguez falleció el 30 de abril de 1967, lo cual hace presumir que entre los consortes existió una convivencia cercana a los 12 años.*
- *Asimismo, la señora Oliva Vargas de Díaz en declaración juramentada ante el Notario Sesenta del Circulo de Bogotá, expresó que con el señor Lucinio Mora Rodríguez convivió desde el matrimonio hasta su muerte, tiempo durante el cual procrearon 4 hijos y que no conoce vida marital del extinto con otra persona.*

El anterior documento no fue tachado de falso y tampoco se advierte por parte del Despacho aspecto alguno que impida su credibilidad, pues igualmente la señora Oliva Vargas de Díaz fue escuchada en interrogatorio que la parte que la demandada solicitó, confirmándose aún más el vínculo matrimonial de carácter singular y permanente que para ese entonces existió y que sólo se disolvió con la muerte del señor Lucinio.

De las manifestaciones expuestas en el interrogatorio de la señora Oliva Vargas de Díaz, además de confirmar lo manifestado en la declaración extra-juicio, se destaca lo siguiente:

“tengo 80 años y vivo en la calle 160 No. 7 f-45; Pregunta apoderado del FONCEP — solicitante de la prueba— ¿sabe cuándo murió don Lucinio? Respuesta: El 30 de abril de 1967 ¿Cuánto tiempo duro casada con el señor Lucinio? Respuesta: duramos 11 años ibamos para 12; ¿Del matrimonio le quedó alguna casa, finca o propiedad? Respuesta: No nada; ¿Por qué tardó tanto en reclamar? Respuesta: Por falta de experiencia, por dedicarme a mis hijos; cuanto tiempo trabajó el señor Lucinio en el Distrito? Respuesta: 17 año y unos meses.

- Se escucharon igualmente las declaraciones de las señoras Blanca Rosa Zambrano de Bambiela y Gloria Cecilia Vargas, de quienes igualmente obra declaración extra-juicio otorgadas ante el Notario Sesenta del Circulo de Bogotá, donde afirman constarles que la señora Oliva Vargas convivió de forma ininterrumpida hasta la muerte del señor Lucinio compartiendo mesa, lecho y techo y que para ese entonces la hoy demandante dependía económicamente del causante.

Blanca Rosa Zambrano de Bambiela manifestó:

Pregunta el apoderado de la demandante: ¿Hasta qué momento conoció al señor Lucinio? Respuesta: Bastantes años porque él trabajó en la empresa de los buses y sabía que él era empleado de allá. ¿En qué barrio conoció a doña Oliva y don Luciano? Respuesta: San Cristóbal Norte; ¿Hace cuánto conoce a doña Oliva? Respuesta: Unos 60 años. ...¿Cuántos hijos tuvieron la señora Oliva y don Luciano? Respuesta: Fueron tres, incluso le decían al señor que porque no salía con su esposa y él decía es que ella es la muchacha que ve mis hijos.

Gloria Cecilia Vargas, informa:

¿Donde conoció a la señora Oliva Vargas y el señor Lucinio? Respuesta: Yo viví con ellos unos 5 años; ¿Recuerda cuantos hijos hubo en el matrimonio? Respuesta: cuando yo viví con ellos tenían a Alicia, pero en total son Alicia, Jairo, Martha y Nancy ¿Dónde vivían? Respuesta: En San Cristóbal Norte; ¿Después del fallecimiento del señor Lucinio, cual fue el sustento? Respuesta: Ella trabajó en un banco y después se casó.

Dichas declaraciones no fueron tachadas de falsas o sospechosas por la contraparte e igualmente el Despacho no advierte razón para restarles credibilidad, por el contrario, en la declaraciones rendidas ante este Despacho, se confirman situaciones intimas de la pareja que no precisamente fueron agradables para la señora Oliva, tal es el caso de maltrato físico y moral del que fue víctima por quien fuera su esposo, así como las necesidades básicas latentes en el hogar, como es el suministro de alimentos del causante para con su esposa e hijos, quienes para ese entonces eran unos niños presuntamente menores de 10 años, lo cual obligaba a la demandante a acudir a sus vecinos para obtener el sustento.

- De otra parte, al cotejar la información contenida en el registro civil de defunción (fl. 3) con la de los actos acusados (fl. 8), se tiene que el señor Lucinio Mora Rodríguez falleció el 30 de abril de 1967 y laboró en la Empresa Distrital de Transportes Urbanos de Bogotá entre el 6 de junio de 1979 al 30 de abril de 1967, para un total de 17 años, 1 mes y 26 días, es decir, que al momento del deceso el causante estaba laborando con el Distrito y por ende hasta esa fecha sostuvo vínculo matrimonial con la señora Oliva, circunstancia que acredita la permanencia y singularidad en la relación de consortes.

La administración de justicia en perspectiva de género. En la declaración rendida por la señora Blanca Rosa Zambrano de Bambiela no solo se destaca la convivencia permanente y singular de la señora Oliva Vargas para con el señor Lucinio, sino también el maltrato del que fue víctima durante el vínculo matrimonial. Veamos:

Pregunta el Despacho: ¿Cuéntenos si conoce a la señora Oliva Vargas? Respuesta: Como 60 años, vivíamos allá ella y yo aquí; ¿Conoció al esposo de ella, como se llamaba? Respuesta: Sí, se llamaba Lucinio Mora, lo distinguimos, para serle franca uno lo que ve debe contarle, él era muy mal marido, la ponía toda moreteada, eso me costa porque yo la vi y como ella iba a recoger agua a mi casa.

Es evidente que la violencia en pareja contra la mujer no es un fenómeno que se presenta en esta época sino desde mucho antes ha venido siendo recurrente y encaja como una forma de daño intrafamiliar. Sobre este tema la Corte se ha venido pronunciando de manera reiterada. En la sentencia C-408 de 1996, reconoció que “las mujeres están también sometidas a una violencia, si se quiere, más silenciosa y oculta, pero no por ello menos grave: las agresiones en el ámbito doméstico y en las relaciones de pareja, las cuales son no sólo formas prohibidas de discriminación por razón del sexo (CP art. 13) sino que pueden llegar a ser de tal intensidad y generar tal dolor y sufrimiento, que configuran verdaderas torturas o, al menos, tratos crueles, prohibidos por la Constitución (CP arts. 12, y 42) y por el derecho internacional de los derechos humanos.”

En este orden de ideas, el Despacho no puede pasar por alto que en el caso de la actora la protección supralegal que se le otorga, con fundamento en la interpretación de las normas que hace el Tribunal Constitucional, debe reparar igualmente en su condición histórico cultural que permitió que como mujer se viera obligada a padecer maltrato en su papel de madre, ama de casa, dependiente del salario de su marido, salario que en últimas era en menor proporción la retribución directa de su trabajo en el hogar, situación que legitima en mayor medida la obligación del Estado de garantizar su derecho a la seguridad social.

Concomitantemente la administración de justicia debe dar protección sustancial de los derechos de la mujer violentada, porque de lo contrario, su desconocimiento configuraría una revictimización y un caso de indolencia frente a la violencia estructural de género de la que fue víctima mientras estuvo conviviendo con el señor Lucinio.

En consecuencia, dado en estos casos es posible la aplicación retrospectiva retrospectiva de la Ley 100/93 y que la señora Oliva Vargas acreditó el requisito de convivencia singular y permanente superior a 2 años que exigía originalmente la norma, se ordenará que el reconocimiento del derecho pensional desde el 30 de junio de 1994, ya que conforme al artículo 151 del mencionado estatuto, fue en esa fecha cuando el Sistema General de Seguridad Social empezó a regir en nivel territorial, en este caso en el Distrito Capital de Bogotá que fue donde laboró el causante.

Relativo al monto de la pensión, se dará aplicación al artículo 48 de la Ley 100/93 que impone las siguientes reglas:

“ARTICULO. 48.- Monto de la pensión de sobrevivientes. Reglamentado parcialmente por el Decreto Nacional 832 de 1996. El monto mensual de la pensión de sobrevivientes por muerte del pensionado será igual al 100% de la pensión que aquél disfrutaba.

El monto mensual de la pensión total de sobrevivientes por muerte del afiliado será igual al 45% del ingreso base de liquidación más 2% de dicho ingreso por cada cincuenta (50) semanas adicionales de cotización a las primeras quinientas (500) semanas de cotización, sin que exceda el 75% del ingreso base de liquidación.

En ningún caso el monto de la pensión podrá ser inferior al salario mínimo legal mensual vigente, conforme a lo establecido en el artículo 35 de la presente ley.

No obstante lo previsto en este artículo, los afiliados podrán optar por una pensión de sobrevivientes equivalente al régimen de pensión de sobrevivientes del ISS, vigente con anterioridad a la fecha de vigencia de la presente ley equivalente al 65% del ingreso base de liquidación, siempre que se cumplan las mismas condiciones establecidas por dicho instituto.”

Siendo ello así, el monto de la pensión que debe reconocerse a la demandante se determina calculando el número de semanas cotizadas por el señor Lucinio Mora mientras laboró en la Empresa de Distrital de Transportes Urbanos, durante 17 años 1 mes y 27 días.

A efectos de establecer el número de semanas de cotización tenemos que los 17 años, 1 mes y 26 días equivalente a 882.28 semanas, de manera que el monto de la pensión equivale al 60.5% del ingreso base de cotización, en este caso calculado sobre el promedio mensual de la totalidad de factores salariales devengados por el causante en el último año de servicios, sumas que necesariamente deberán indexarse entre el 30 de abril de 1967 —fecha de fallecimiento del causante y el 30 de junio de 1995 —fecha de entrada en vigencia de la Ley 100/93 en el nivel territorial— y en si a partir de la cual se ordena el reconocimiento de la pensión, con el fin de garantizar el poder adquisitivo de la moneda, y posteriormente reajustada con base en el artículo 14 de la Ley 100/93.

1.2.5. De la prescripción: Teniendo en cuenta que prosperaron las pretensiones de la demanda, se hace necesario estudiar el fenómeno jurídico de la prescripción trienal de las mesadas.

En tal virtud, como quiera que el derecho a ser beneficiaria de la pensión se ordenó a partir del 30 de junio de 1995, y que la reclamación fue presentada el 15 de mayo de 2013 (fl. 94), se impone declarar prescrito el pago de mesadas que se causaron a partir del 15 de mayo de 2010.

1.2.6. Respecto al pago de las mesadas adeudadas por concepto del reconocimiento que aquí se ordena, la Fondo de Prestaciones Económicas, Cesantías y Pensiones —FONCEP—, deberán actualizarse teniendo en cuenta los índices de precios al consumidor, de acuerdo a la siguiente fórmula:

$$R = Rh \times \frac{\text{ÍNDICE FINAL}}{\text{ÍNDICE INICIAL}}$$

En donde el valor (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es el valor adeudado a la demandante, por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor, certificado por el DANE vigente a la fecha de ejecutoria de esta sentencia, por el índice inicial, vigente para la fecha en que debió hacerse el pago.

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

1.3. Condena en costas

El artículo 188 del CPACA señala:

“... Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil.”.

La lectura del texto normativo permite establecer que en materia de costas para la jurisdicción contencioso administrativa, el legislador introdujo un cambio sustancial respecto de la condena al pasar de un criterio “subjetivo” –CCA- a uno “objetivo valorativo” –CPACA-.

De esta manera, y en virtud con lo dispuesto en el Acuerdo 1887 del 26 de junio de 2003, modificado por el Acuerdo 2222 del 2003, expedidos por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, las agencias en derecho para procesos de primera instancia con cuantía, se fijarán hasta el 20% del valor de las pretensiones reconocidas o negadas en la sentencia¹⁰.

Frente a lo anterior el Consejo de Estado¹¹ ha previsto un test de proporcionalidad para la fijación de estas agencias, en punto a las tarifas establecidas por el Consejo Superior de la Judicatura, como un sistema tripartita a saber: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en estricto sentido, a efectos de que las providencias conjuguen de manera precisa y motivada la aplicación de la sanción pecuniaria.

Atendiendo el principio de razonabilidad que va más allá de la aplicación lógica-formal de la norma, y en procura de no ir a desincentivar el acceso a la administración justicia, derecho fundamental, se procede a dosificar la medida sancionatoria de agencias en derecho, de la siguiente manera:

- El proceso buscaba obtener el reconocimiento de una pensión de sobrevivientes cuyo causante falleció en el año 1967.
- Si bien existe jurisprudencia de unificación del Consejo de Estado en la que se prohíbe la aplicación retrospectiva en materia de pensión de sobrevivientes por derechos causados antes de la Ley 100/93, este Despacho se aparta de la decisión unificatoria para en su lugar acoger la postura de la Corte Constitucional propuesta en sentencia T/564/15, según la cual, las situaciones acaecidas antes de la reforma de 1991 deben ser enmendadas en el marco de la nueva Constitución y por lo mismo el Estado debe restablecer los derechos que hasta ese entonces estaban siendo desconocidos.
- Revisado el expediente no se advirtieron conductas temerarias o de mala fe.

Bajo estas consideraciones, el Despacho no condenará en costas a la parte vencida, ya que el asunto bajo estudio fue definido acogiendo la postura de la Corte Constitucional que permite aplicar retrospectivamente la Ley 100/93 en casos de pensión de sobrevivientes, existiendo una sentencia de unificación del Consejo de Estado que imposibilita tal alcance, de ahí que los dos extremos de la litis propusieron argumentos de defensa debidamente sustentados.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO DOCE ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: Declarar la nulidad de la Resoluciones 3708 del 12 de junio de 2013 y 4043 del 3 de septiembre de 2013, mediante las cuales el Fondo de Prestaciones Económicas, Cesantías y Pensiones —FONCEP— negó a la demandante el reconocimiento de una pensión de sobrevivientes.

SEGUNDO: Como consecuencia de la anterior declaración de nulidad y a título de restablecimiento del derecho, **ORDENAR al FONDO DE PRESTACIONES ECONÓMICAS, CESANTÍAS Y PENSIONES —FONCEP—**, reconocer y pagar a

¹⁰ "III CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.

3.1. ASUNTOS.

3.1.1. Única instancia.

Sin cuantía: Hasta quince (15) salarios mínimos mensuales legales vigentes.

Con cuantía: Hasta el veinte por ciento (20%) del valor de las pretensiones, reconocidas o negadas en la sentencia."

¹¹ Consejero ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA, 24 de octubre 2016, Radicación número: 11001-03-26-000-2013-00006-00(45987)A

150

la señora Oliva Vargas de Díaz (C.C. 20.084.853) una pensión de sobrevivientes a partir del 30 de junio de 1995, en cuantía del 60.5% de la totalidad de factores sobre los cuales el señor Lucinio Mora (q.e.p.d.) cotizó mientras laboró en la Empresa Distrital de Transportes Urbanos, sumas que necesariamente deberán indexarse entre el 30 de abril de 1967 —fecha de fallecimiento del causante y el 30 de junio de 1995 —fecha de entrada en vigencia de la Ley 100/93 en el nivel territorial— y en si a partir de la cual se ordena el reconocimiento de la pensión, con el fin de garantizar el poder adquisitivo de la moneda, y posteriormente reajustada con base en el artículo 14 de la Ley 100/93.

TERCERO: ORDENAR a la FONDO DE PRESTACIONES ECONÓMICAS, CESANTÍAS Y PENSIONES —FONCEP—, pagar a la parte demandante las mesadas pensionales causadas, junto con los ajustes de valor siguiendo la fórmula señalada en la parte considerativa de este proveído y con los reajustes a que alude la Ley 100 de 1993.

CUARTO: DECLARAR probada la excepción de prescripción trienal de mesadas, frente a las sumas que se causaron con anterioridad al 15 de mayo de 2010, por las razones expuestas en la parte motiva.

QUINTO: La entidad demandada dará cumplimiento a este fallo en los términos establecidos en los artículos 192 y 195 del C.P.A.C.A.

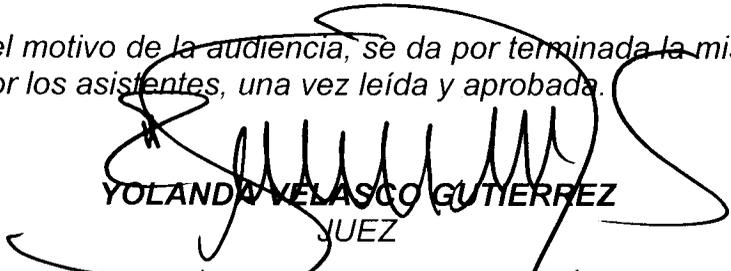
SEXTO: No se condena en costas a la parte vencida.

SÉPTIMO: EJECUTORIADA esta providencia, ARCHÍVENSE las diligencias, previas las anotaciones respectivas.

De esta decisión quedan las partes notificadas en estrados.

El apoderado de la parte demandada manifestó que interpone **RECURSO DE APELACIÓN**, que sustentará en el término de ley.

No siendo otro el motivo de la audiencia, se da por terminada la misma se firma la presente acta por los asistentes, una vez leída y aprobada.


YOLANDA VELASCO GUTIERREZ
JUEZ


OLIVA VARGAS DE DÍAZ
PARTE DEMANDANTE


JUAN GABRIEL VILLAMARÍN MARTÍNEZ
APODERADO PARTE DEMANDANTE


JUAN CARLOS BÉCERRA RUIZ
APODERADO FONCEP


SAMUEL VALERO RUBIO
SECRETARIO AD-HOC