



**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO VEINTICINCO ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD
CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.**

Bogotá, D.C., diecinueve (19) de enero de dos mil veintiuno (2021)

Expediente	11001-33-035-025-2016-00151-00
Demandante	ANA RITA BONILLA HERNÁNDEZ
Demandada	UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL
Medio de Control	Nulidad y Restablecimiento del Derecho

I. OBJETO.

De conformidad con lo previsto en el inciso final del artículo 181 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, y no avizorando causal que invalide lo actuado, procede el Despacho a proferir la **SENTENCIA** que en derecho corresponda, conforme con lo siguiente:

II. LA DEMANDA.

En ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento de derecho, la señora **ANA RITA BONILLA HERNÁNDEZ**, a través de apoderado judicial, deprecia la Declaratoria de **NULIDAD** de las Resoluciones No. 5254 del 24 de agosto de 2011, y UGM 044635 del 2 de mayo de 2012, mediante la cuales se negó el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a la actora.

A título de **restablecimiento del derecho** solicitó se condene a la accionada al reconocimiento, liquidación y pago de la pensión de sobrevivientes en su condición de compañera permanente del causante Rafael Buitrago Gámez, desde el 9 de septiembre de 1992, fecha de su fallecimiento. Se ordene el pago indexado de la prestación, el pago de las mesadas dejadas de percibir desde la fecha de fallecimiento, se condene al pago de intereses moratorios, al cumplimiento de la sentencia y se condene en costas.

a. Fundamentos fácticos

1. Mediante Resolución 523 del 30 de octubre de 1959 Cajanal le reconoció pensión vitalicia de jubilación al señor Rafael Buitrago Gámez.
2. El señor Rafael Buitrago Gámez vivió en unión libre con la demandante como compañera permanente desde el 6 de enero de 1972 hasta el 6 de septiembre de 1992, fecha de su fallecimiento acumulando un tiempo de convivencia permanente de 20 años, 8 meses y 2 días.
3. Producto de la unión nació un hijo llamado Rafael Enrique Buitrago Bonilla el 11 de abril de 1977.
4. Por medio de Resolución 065 del 7 de enero de 1994 se negó la sustitución pensional a la actora por parte de Cajanal, bajo el sustento de que no había aportado la declaración de separación de cuerpos o fallo de divorcio del causante con la señora Sara Cuellar de Buitrago, documentos que no fueron aportados por cuanto el causante nunca se divorció no obstante no hacer vida conyugal con la señora Cuellar de Buitrago, decisión que fue confirmada a través de la Resolución 761 del 15 de marzo de 1995
5. Mediante Resolución 10176 del 27 de agosto de 1996, se sustituyó la pensión en un 50% para la señora Sara Cuellar de Buitrago y el otro 50% para su hijo Rafael Enrique Buitrago Bonilla, a partir del 9 de septiembre de 1992.
6. La señora Sara Cuellar de Buitrago falleció el 9 de agosto de 2002.
- 7.- Por medio de Resolución 09330 del 21 de mayo de 2003, Cajanal negó el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a la actora, decisión que fue confirmada con la Resolución 4672 de 2004.
8. A través de la Resolución No. UGM 5254 del 24 de agosto de 2011, Cajanal negó nuevamente la pensión de sobrevivientes a la actora, decisión confirmada por la Resolución UGM 044635 del 02 de mayo de 2012.

b. Normas violadas y concepto de la violación

Invocó como **normas violadas** las siguientes:

Constitucionales: Artículos 2, 4, 5, 13, 42, 46, 48 y 53.

Legales:

Artículos 3, 5, 13, 16, 20 y 102 Ley 1437 de 2011

Artículos 47 y 74 de la Ley 100 de 1993

Artículo 13 Ley 797 de 2003

Artículos 1 y 2 Ley 50 de 1990

c. Concepto de violación:

Sostuvo que la accionada vulnera el derecho a la igualdad con los actos acusados a haberla discriminado para el reconocimiento de la sustitución pensional en su condición de compañera permanente, no obstante haber demostrado y acreditado la conformación y existencia de la unión marital de hecho en cumplimiento de lo establecido en el artículo 2 y 4 de la Ley 54 de 1990.

Indicó que la Ley 100 de 1993 determina el derecho de los beneficiarios del causante a la sustitución de la pensión de sobrevivientes dentro de ellos el compañero o compañera permanente, requisito que reúne la actora.

Manifestó que la actora carece de condiciones de sostenimiento dignas y la dependencia económica con el causante fue total y constante.

Como sustento de sus argumentos trajo a colación las sentencias C-359 de 2011, T-786 de 2008 y T- 485 de 2011.

III. TRÁMITE PROCESAL

La demanda se admitió mediante auto del 07 de noviembre de 2019, se notificó en debida forma a la parte demandada, a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado y al Ministerio Público: La audiencia inicial se realizó el 2 de septiembre de 2020, donde se saneó el proceso, se declaró fallida la conciliación, se fijó el litigio y se decretaron las pruebas, las cuales se practicaron en audiencia de pruebas del 05 de octubre de 2020, adicionalmente en esta audiencia se dispuso cerrar la etapa probatoria y correr traslado para alegar de conclusión y posteriormente proferir la sentencia por escrito.

1. Contestación de la demanda.

UGPP

Contestó la demanda en tiempo, se opuso a las pretensiones en atención a que manifiesta no hay lugar al reconocimiento ya que la demandante no cumplió con los requisitos exigidos para dicho reconocimiento pues al momento del reconocimiento existía vínculo matrimonial con la señora Sara Cuellar de Buitrago, razón por la cual los actos gozan legalidad.

Manifestó que se opone a la indexación y al reconocimiento de los intereses moratorios al considerar que la prestación presupone la existencia de una obligación principal que en este caso carece de fundamento.

Sostuvo que la demandante se encontraba ante una expectativa legítima de derecho pues el señor Buitrago Gámez falleció el 8 de septiembre de 1992, bajo la vigencia de Decreto 1160 de 1989 y Decreto 1045 de 1978, por lo que no era de aplicación la Ley 100 de 1993, no pudiéndose aplicar el principio de favorabilidad.

2. Pruebas documentales obrantes en el expediente. Fueron relacionadas como aportadas con la demanda las siguientes pruebas relevantes:

- Registro civil de defunción de Rafael Buitrago Gámez, con fecha de defunción 08 de septiembre de 1992 (fl. 10)
- Registro civil de defunción de Sara Cuellar de Buitrago (fl.11).
- Registro civil de nacimiento de Rafael Enrique Buitrago Bonilla (fl. 12).
- Copia cédula de ciudadanía de Ana Rita Bonilla Hernández (fl. 13).
- Declaración extraproceso rendida por Pedro Alonso Aranguren Díaz, respecto de la convivencia de la actora y el causante (fl.14).
- Declaración extraproceso rendida por Rafael Humberto Briceño Pinzón, respecto de la convivencia de la actora y el causante (fl.15).
- Declaración extraproceso rendida por Rosalía Camargo Palacios, respecto de la convivencia de la actora y el causante (fl.16).
- Resolución 099330 del 21 de marzo de 2003, por medio de la cual se niega la sustitución de la pensión a la actora (fl. 18).
- Resolución 4672 del 17 de junio de 2004 mediante la cual se resuelve el recurso de apelación interpuesto en contra de la Resolución 099330 del 21 de marzo de 2003 (fl. 19).
- Resolución UGM 044635 del 02 de mayo de 2012, mediante la cual se resuelve un recurso de reposición en contra de la Resolución 5254 del 24 de agosto de 2011 (fl. 21).
- Fallo de tutela proferido por el Juzgado Primero Civil del Circuito amparando el derecho de petición (fl. 25).

- Fallo de tutela de segunda instancia proferido por el Tribunal Superior de Bogotá el 4 de abril de 2013 (fl. 37).
- Autorización de visita a la clínica Santa Rosa a la actora del 31 de agosto de 1992 al 21 de septiembre de 1992, a la UCI donde se encontraba interno el actor (fl. 208).
- Fotografías del entorno familiar del actor y su familia (fl. 211).
- Expediente administrativo (fl. 295-311).

3. Pruebas testimoniales

Testimonio de **PEDRO ALONSO ARANGUREN DÍAZ**, identificado con la cédula de ciudadanía 9.511.455

A los interrogantes del Despacho, Luego de los generales de ley indicó:

PREGUNTADO: Qué relación tiene con la demandante.

CONTESTÓ: Fuimos compañeros de trabajo como docentes.

PREGUNTADO: Porque conoce a Rafael Buitrago Gámez y Ana Rita Bonilla Hernández, desde cuando los conoció, y que le consta de estas dos personas.

CONTESTÓ: Llegue al Colegio Nacional de Nobsa en agosto de 1970, allí conocí al señor Rafael Buitrago Gámez como rector del colegio, al siguiente año llego la profesora Ana Rita Bonilla Hernández como profesora. En Nobsa no existían hoteles ni restaurantes, un señor llamado Camilo Salamanca les dio albergue a los profesores que venían de otras partes alquilando piezas y dándoles la alimentación, allí se hospedaron el profesor Buitrago Gámez y la profesora Ana Rita Bonilla. El profesor Buitrago Gámez tenía un problema de afección cardíaca y la profesora Ana Rita Bonilla además de ser profesora tenía conocimiento en enfermería y era quien aplicaba las inyecciones al señor Buitrago, por tanto empezó la cercanía por ese medio medicinal. En el año 1972 ya eran pareja y producto de esa unión nació un hijo llamado Rafael Enrique, posteriormente continuaron viviendo en la ciudad de Sogamoso donde nació su hijo. Me consta que ellos vivieron desde que se conocieron en la casa del señor Camilo Salamanca hasta el año 1992 cuando el falleció.

PREGUNTADO: Conoce a la señora Sara.

CONTESTÓ: Ella vino dos veces a Nobsa y tengo una mediana versión de ella, si estuvieron aquí las hijas, doña Blanca Elvira que fue profesora también y la doctora Ligia que fue secretaria de educación a ellas si las conocí.

PREGUNTADO: Porque señala en la declaración extrajuicio que la convivencia se dio en Sogamoso, pero aquí dice que fue en Nobsa.

CONTESTÓ: Se conocieron en Nobsa y luego se fueron a vivir en Sogamoso

PREGUNTÓ: Porqué manifiesta que eran pareja, como le consta que eran pareja.

CONTESTÓ: Porque todas las reuniones estaban los dos, en el trabajo estaban los dos, en las salidas al médico estaban los dos, en el suministro de la medicina lo hacía ella,.

PREGUNTADO: Donde murió el señor Gámez.

CONTESTÓ: En Bogotá, en la Clínica Santa Rosa, que era una Clínica de la Caja Nacional de Previsión.

PREGUNTADO: De que murió el señor Gámez.

CONTESTÓ Por afecciones cardíacas.

PREGUNTADO: Porque le consta que la actora tenía dependencia económica

CONTESTÓ: Porque el señor Gámez no permitía pagar arriendo ni diferentes aspectos como servicios.

PREGUNTADO: Porque tenía conocimiento de todos los aspectos personales.

CONTESTÓ: Porque por le laso de amistad él le confiaba varios asuntos, dialogaban y él le comentaba sus aspectos personales y sentimentales.

A los interrogantes del apoderado de la parte actora indicó:

PREGUNTADO: Acudió a la casa de habitación de la señora Ana Rita y el señor Rafael Buitrago.

CONTESTÓ: Si, desde que él llegó a Nobsa en la casa que nos hospedaron allí nos reuníamos todos los jueves, posteriormente cuando se trasladaron a Sogamoso yo iba los sábados o los domingos a saludarlos y compartir con ellos.

PREGUNTADO: Con qué frecuencia visitaba en Sogamoso al señor Buitrago y a la señora Ana Rita.

CONTESTÓ: Era constante, casi todos los sábados iba.

PREGUNTADO: En las visitas que hacía en esta casa estaba la señora Sara Cuellar.

CONTESTÓ: No ella nunca estaba por allí.

PREGUNTADO: Cuanto duro su amistad con el señor Gámez.

CONTESTÓ: De 1970 a 1992 cuando murió.

PREGUNTADO: La relación de la demandante y el Causante era de una pareja.

CONTESTÓ: Si ellos tenían su cama doble y su apartamento. Y muchas veces cuando nos reuníamos lo hacíamos en la habitación por la enfermedad del señor Gámez.

A los interrogantes del apoderado de la parte accionada indicó: que

PREGUNTADO: Como conoció que era el señor Gámez el que suplía las necesidades de la accionante.

CONTESTÓ: Porque cuando estábamos en reunión él le decía saque para pagar el arriendo o los servicios o para comprar alimentos.

PREGUNTADO: Como suplió las necesidades la actora luego de la muerte del causante.

CONTESTÓ: Fue difícil porque los hijos se apoderaron de todo y en múltiples ocasiones le presté dinero para sobrevivir.

TESTIMONIO DE señor **RAFEL HUMBERTO BRICEÑO PINZÓN**, identificado con la cédula de ciudadanía 6.757.859

A los interrogantes del Despacho, Luego de los generales de ley indicó:

PREGUNTADO: Tiene alguna relación familiar con la demandante

CONTESTÓ: No

PREGUNTADO: Como conoció a la demandante y al señor Gámez

CONTESTÓ: Los conocí en 1982 en Tópaga porque requería un lugar donde tomar alimentación y convergieron en el mismo lugar donde estaba el señor Gámez y la actora.

PREGUNTADO: Porque era la relación tan especial con la actora y el Señor Rafael Gámez.

CONTESTÓ: Porque él conoció a mis hijas y esposa y se forjo una buena relación por todos los temas familiares.

PREGUNTADO: Sabe cuándo murió el.

CONTESTÓ: Si en el año 1992

PREGUNTADO: Que patología tenía el señor Gámez

CONTESTÓ: No recuerdo, temas de corazón

PREGUNTADO: Cada cuanto frecuentaba Pedro Aranguren a Rafael y Ana Rita.

CONTESTÓ: No sé cada cuanto, pero si se dé la gran amistad

PREGUNTADO: Conoció a la señora Sara Cuellar.

CONTESTÓ: No la conocí, si a dos de los hijos.

PREGUNTADO: Que comida le gustaba al señor Gámez

CONTESTÓ: El chocolate

PREGUNTADO: Cuando conoció Rafaela a Ana Rita y Rafael

CONTESTÓ: Se conocieron en Mongua

PREGUNTADO: Sigue viviendo en Sogamoso

CONTESTÓ: Vivo en Sogamoso.

PREGUNTADO: Dice que su apoyo era constante y que Ana Rita estaba adelantando estudios.

CONTESTÓ: Si ella se desplazaba a trabajar y nosotros la remplazábamos en el cuidado y era muy agradable estar con él porque tocaba el tiple.

PREGUNTADO: Describa la casa donde vivían.

CONTESTÓ: Era un apartamento en el centro en el edificio estepa.

A los interrogantes del apoderado de la parte actora indicó: que

PREGUNTADO: Manifieste al Despacho si durante su convivencia con el señor Rafael y la señora Ana convivieron siempre.

CONTESTÓ: Si siempre estaban conviviendo ellos y su hijo y jamás los vi discutir.

PREGUNTADO: Ellos continuaron conviviendo como pareja.

CONTESTÓ: Si

PREGUNTADO: Hasta el momento de la muerte la señora Ana Rita convivio con él.

CONTESTÓ: Si siempre convivio con él.

A los interrogantes del apoderado de la parte accionada indicó: que

PREGUNTADO: Que días de la semana visitaba a Don Rafael

CONTESTÓ: Casi todos los días

PREGUNTADO: En alguna de esas visitas se encontró a don Pedro Alonso

CONTESTÓ: Si en varias ocasiones nos vimos, no compartimos porque no éramos amigos.

TESTIMONIO DE señora **RAFAELA DEL CARMEN LEÓN BARRERA**, identificada con la cédula de ciudadanía 23.549.795

A los interrogantes del Despacho, Luego de los generales de ley indicó:

PREGUNTADO: Tiene alguna relación familiar con Ana Rita

CONTESTÓ: No

PREGUNTADO: Desde cuándo como y porque conoció a Rafael y Ana Rita

CONTESTÓ: A comienzos de 1978 conoció a la señora Ana Rita y al Profesor Rafael Buitrago. Compartíamos en su casa y fuera de ella, sufría de asma y del corazón y la que lo cuidaba era Ana Rita.

PREGUNTADO: Desde cuando se dio la amistad y hasta cuando se extendió

CONTESTÓ: Desde 1978 y la amistad persiste y también con su hijo.

PREGUNTADO: Cuando murió el señor Rafael y quien estaba al lado de el al momento de la muerte

CONTESTÓ: En el año 1992 en Bogotá, y no recuerdo si estaba doña Ana.

PREGUNTADO: Fue al sepelio del señor Rafael, donde fue cuando fue.

CONTESTÓ: No acudí al sepelio

PREGUNTADO: Ana Rita le comentó donde fue

CONTESTÓ: Fue en Bogotá

PREGUNTADO: Recuerda el Cementerio

CONTESTÓ: No fue y no lo recuerdo

PREGUNTADO: Sabe si el señor Rafael practicaba un arte.

CONTESTO: Escribía y leía

PREGUNTADO: Tocaba algún instrumento musical

CONTESTADO: No, solo que leía porque era muy culto.

PREGUNTADO: En qué momento presentó la patología

CONTESTÓ: Siempre lo vi con asma, y los últimos años estaba más delicado de salud.

PREGUNTADO: Conoce a los anteriores testigos.

CONTESTÓ: Conozco a Rafael al otro no y lo conozco porque coincidieron en reuniones.

PREGUNTADO: El señor Rafael tenía algún vicio, tomaba o fumaba.

CONTESTÓ: Fumaba, lo veía fumar porque yo también fumaba y compartíamos un cigarrillo y un tinto.

PREGUNTADO: En algún momento Rafael y Ana hicieron reuniones donde comieran y escucharan música o tocaran.

CONTESTÓ: Si le gustaba la música pero no si tocaba un instrumento musical.

A los interrogantes del apoderado de la parte actora indicó: que

PREGUNTADO: En las visitas de usted a la pareja le consta que vivían como pareja

CONTESTÓ: Si compartían la mesa y la misma habitación y lecho y eran conocidos por toda la sociedad como pareja.

PREGUNTADO: Le consta que convivieron como pareja hasta el momento del fallecimiento del señor Gámez.

CONTESTÓ: Mientras él vivió si compartieron todo el tiempo.

A los interrogantes de apoderado de la parte accionada indicó: que

PREGUNTADO: Sabe de la comida que le gustaba en la noche al señor Gámez

CONTESTÓ: Algo Sencillo como chocolate, queso

PREGUNTADO: Conoció al señor Pedro Aranguren en las visitas que hacia

CONTESTÓ: Si recuerdo haberlo visto

PREGUNTADO: Sabe porque el señor Rafael murió en Bogotá

CONTESTÓ: Por remisión porque en Sogamoso no habían los servicios que requería.

PREGUNTADO: Sabe en sus momentos de departición si el la hablo de Sara Cuellar.

CONTESTÓ: No a ella no, pero si a las hijas.

PREGUNTADO: La convivencia entre ellos fue continua o interrumpida.

CONTESTÓ: Siempre convivieron desde 1978 a 1992.

4. Alegatos de conclusión - parte demandante.

Presentó sus alegatos de conclusión en tiempo considerando que el causante convivió con la actora durante más de 20 años, donde se procreó a un hijo de nombre Rafael Enrique Buitrago Bonilla, conllevando una relación armoniosa de lo cual dan fe los a la entidad amigos de la pareja.

Sostuvo que el causante por la edad tenía problemas cardiacos dedicándose la actora al cuidado total de aquel, de lo cual dieron fe los testimonios al afirmar que la demandante lo cuidó durante su enfermedad acompañándolo a citas médicas hasta su fallecimiento el 8 de septiembre de 1992.

Manifestó que la UGPP pretende no obstante la vigencia de la Constitución de 1991, se continúe aplicando una disposición discriminatoria como es la decisión de una mujer de hacer vida marital sin en vínculo matrimonial, postura que evidencia la trasgresión al derecho a la igualdad.

Consideró que los testimonios allegados fueron claros en manifestar que les constaba la convivencia debido a las constantes visitar realizadas a la pareja donde departían comidas y eventos, que convivían bajo el mismo techo y lecho, que era el causante el proporcionador(sic) de los gastos del hogar, dependiendo la demandante económicamente de aquel.

Finalmente trajo a colación sentencias del Consejo de Estado y de la Corte Suprema de Justicia, solicitando se acceda a las pretensiones.

5. Alegatos de conclusión - parte demandada.

Presentó sus alegaciones finales indicando que el reconocimiento que pretende la actora no procede pues no cumple con los requisitos legales establecidos en la Ley 797 de 2003 modificatoria de la Ley 100 de 1993 en su artículo 13, por cuanto no existe certeza de la calidad de la señora ANA RITA BONILLA HERNANDEZ, en el sentido de no acreditar la convivencia ininterrumpida de cinco (5) años continuos con anterioridad a la muerte del señor RAFAEL BUITRAGO GAMEZ (QEPD), requisito indispensable para que la entidad demandada pueda reconocer la prestación económica pretendida, sustenta su dicho en la sentencia C- 336 de 2014.

Sostuvo que en la audiencia de pruebas celebrada el 5 de octubre de 2020, no se logró acreditar por parte de la señora Ana Rita de Bonilla una dependencia económica del señor RAFAEL BUITRAGO GAMEZ (Q.E.P.D), pues no se pudo poner en consideración del despacho cómo es que la señora Ana Rita, ha logrado subsistir sin los dineros que le proveía el causante, pues es conocido que el señor RAFAEL BUITRAGO GAMEZ (Q.E.P.D), falleció el 8 de septiembre de 1992, y no es sino hasta más de 18 años después que la demandante busca la sustitución de una pensión.

Manifestó que entre el testimonio entregado por el señor RAFAEL HUMBERTO PINZÓN y la señora RAFAELA, se presentaron varias inconsistencias que hacen perder la validez y credibilidad del relato dado al juzgado, esto por cuanto, el señor RAFAEL HUMERTO PINZÓN, a la pregunta del despacho, aseguró que el señor RAFAEL BUITRAGO GAMEZ (Q.E.P.D), no tenía ningún tipo de vicio, que no fumaba y que no tomaba, que tocaba el tiple y que era muy agradable, pero en su lugar la señora RAFAELA DEL CARMEN LEÓN BARRERA, a las preguntas efectuadas por el despacho señaló, que no el señor RAFAEL BUITRAGO GAMEZ (Q.E.P.D) fumaba y que además le gustaba leer y escribir, pero que no tenía conocimiento de que tocara ningún instrumento musical, por lo que no es posible que se pretenda demostrar la convivencia del señor RAFAEL BUITRAGO GAMEZ (Q.E.P.D) y la señora ANA RITA DE BONILLA, cuando los testigos que según su

dicho, presenciaron el tiempo de convivencia, no logra ponerse de acuerdo en un tema tan sencillo como lo es el gusto por el cigarrillo y gusto musical, por lo que estos testimonios deben ser desestimados por el Despacho adicionando la negatoria a las pretensiones.

El señor Agente del Ministerio Público guardó silencio.

IV. CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

1. Problema jurídico.

El litigio gira, principalmente, en torno a establecer si la señora ANA RITA BONILLA HERNÁNDEZ, en calidad de compañera permanente del fallecido Rafael Buitrago Gámez, tiene o no derecho a que se le sustituya la pensión de jubilación a partir del fallecimiento de este último.

2. Régimen legal y jurisprudencial aplicable.

2.1 La pensión gracia y su sustitución

Dada la fecha de fallecimiento del señor Rafael Buitrago Gámez – 08 de septiembre de 1992 – es decir antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, el Despacho se referirá al marco normativo que regía el derecho a la sustitución pensional con anterioridad a dicha norma, lo anterior, a efectos de determinar si la señora Ana Rita Bonilla Hernández puede ser beneficiaria de la sustitución pensional originada con el fallecimiento del señor Rafael Buitrago Gámez (q.e.p.d.).

En el presente caso, se parte de la base de que el causante era beneficiario de una pensión gracia de jubilación, conclusión a la que se arriba al estudiar la Resolución 523 del 30 de octubre de 1959, la cual reconoció la prestación al actor y dispuso como norma aplicable la ley 114 de 1913, norma que crea la citada prestación.

En ese orden, se tiene que a través de la Ley 114 se creó una “*pensión de jubilación vitalicia*” para los maestros de escuelas oficiales que hubiesen prestado sus servicios en el magisterio por un tiempo no menor de veinte años, equivalente a la mitad del salario devengado en los dos últimos años de labor, o al promedio del sueldo recibido, si este fuese variable, siempre y cuando cumplieran con los siguientes requisitos, establecidos en su artículo 4:

“1°. Que en los empleos que ha desempeñado se ha conducido con honradez y consagración.

2°. Que carece de medios de subsistencia en armonía con su posición social y costumbres.

3°. Que no ha recibido ni recibe actualmente otra pensión o recompensa de carácter nacional. Por consiguiente, lo dispuesto en este inciso no obsta para que un maestro pueda recibir a un mismo tiempo sendas pensiones como tal, concedidas por la Nación y por un Departamento.

4°. Que observa buena conducta.

5°. Que si es mujer está soltera o viuda.

6°. Que ha cumplido cincuenta años, o que se halla en incapacidad por enfermedad u otra causa, de ganar lo necesario para su sostenimiento”.

Esta prestación fue extendida en el año 1928 a través de Ley 116, a los empleados y profesores de las escuelas normales y a los inspectores de instrucción pública. Cinco años después, mediante la Ley 37 de 1933, cobijó a los maestros que hubieran completado los servicios en establecimientos de enseñanza secundaria.

Posteriormente, se expidió la Ley 43 de 1975, la cual terminó con el régimen anterior de responsabilidades compartidas en materia educativa entre la Nación y los departamentos y municipios al establecer que “La educación primaria y secundaria oficiales serán un servicio público a cargo de la Nación. En consecuencia, los gastos que ocasione y que hoy sufragan los Departamentos, Intendencias, Comisarías, el Distrito Especial de Bogotá y los Municipios, serán de cuenta de la Nación, en los términos de la presente Ley”.

Así, con ocasión del proceso de nacionalización en comento y la posterior centralización en el manejo de las obligaciones prestacionales del personal docente nacional y nacionalizado, se expidió la Ley 91 de 1989 a través de la cual se creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y se reguló la forma en que serían asumidas las cargas prestacionales del personal docente luego de la nacionalización, además, esta Ley buscó amparar la expectativa que en cuanto a pensión gracia ostentaban todos aquellos docentes que siendo territoriales (es decir, sujetos de su otorgamiento conforme a la finalidad con la que se previó inicialmente dicha prestación gratuita), quedaron inmersos dentro de la mencionada nacionalización a 31 de diciembre de 1980, fecha en la que culminó el mencionado proceso.

Por lo tanto, se consagró un régimen de transición para los docentes vinculados antes de esta fecha, que les permitiera mantener dicho beneficio hasta la consolidación de su derecho pensional, protegiendo sus expectativas frente al coyuntural cambio que implicaba la extinción del derecho a la pensión gracia, además, se precisó que, para los demás docentes, es decir los vinculados con posterioridad al 31 de diciembre de 1980, tan sólo se reconocería la pensión ordinaria de jubilación.

- **De la sustitución**

De entrada se debe indicar que, tratándose de la pensión gracia, la normatividad especial que la regula no contempla su sustitución a favor de los beneficiarios del pensionado, sin embargo, vía jurisprudencial la posición ha sido pacífica en aceptar la sustitución de esta prestación en atención a que pues no existe una prohibición expresa para su aplicación y tampoco una causal de extinción del derecho.

Sobre este particular el Consejo de Estado¹ ha sostenido:

1.1. De la Sustitución de la Pensión gracia.

La sustitución pensional es una institución legal creada para brindar protección a los familiares de la persona fallecida con el fin de mantener las condiciones económicas y garantizar al núcleo familiar la estabilidad necesaria para continuar viviendo en circunstancias dignas.

En otros términos, su objetivo es mantener la seguridad económica de los beneficiarios del pensionado fallecido.²

Ahora bien, tratándose de la pensión gracia, si bien la normatividad especial que la regula, no contempla la sustitución de la misma a favor de los beneficiarios, la jurisprudencia de esta Corporación ha sido pacífica en aceptarla pues no existe una prohibición expresa para su aplicación y tampoco una causal de extinción del derecho, mucho menos está contemplado su cese o pérdida con ocasión del fallecimiento del pensionado o docente con derecho.³

¹ Sentencia del tres (3) de septiembre de dos mil veinte (2020), radicado 05001-23-33-000-2015-01052-01(2758-17)

² La Subsección “B” de esta Sección, en sentencia de 5 de febrero de 2009; radicación número: 08001-23-31-000-1998-0158-01(3084- 01); C.P.: Bertha Lucia Ramirez de Páez, lo manifestó en los siguientes términos: “[...]”

La finalidad de la sustitución pensional, es precisamente garantizarle a los beneficiarios del pensionado la posibilidad de su congrua subsistencia, en otras palabras, que la esposa o esposo, o compañero permanente, y los hijos menores de edad o que continúen sus estudios hasta los 25 años, tengan la seguridad, al menos económica, que recibían del pensionado fallecido quien aportaba al sostenimiento del hogar.

[...]”

³ Ver las siguientes sentencias: Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección “B”, sentencia de 5 de febrero de 2009; radicación número: 08001-23-31-000-1998-0158-01(3084- 01), C.P.: Bertha Lucia Ramirez de Páez; Consejo de Estado, Sección Segunda – Subsección “A”, Sentencia del 4 de marzo de 2010, Radicado No. 08001-23-31-000-2006-00004-01(0824-09), C.P. Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren; Consejo de Estado, Sección Segunda – Subsección “A”, No. Interno. 1259-2009., C.P. Gustavo Gómez Aranguren.

Así lo consideró la Subsección “B” de esta Sección en sentencia del 17 de mayo de 2007, Rad. 1999 – 02169 – 01 (1922 – 06), cuando reconoció la sustitución de la pensión gracia pretendida por la parte demandante:

«[...]

LA PENSIÓN GRACIA POST MORTEM

La finalidad de la sustitución pensional, es precisamente garantizarle a los beneficiarios del pensionado la posibilidad de su congrua subsistencia, en otras palabras, que la esposa o esposo, o compañero permanente, y los hijos menores de edad o que continúen sus estudios hasta los 25 años, tengan la seguridad, al menos económica, que recibían del pensionado fallecido quien aportaba al sostenimiento del hogar.

[...]»⁴

Posición que fue reiterada por la Subsección “A” de la Sección Segunda, mediante providencia de fecha 28 de enero de 2010, C.P. Luis Rafael Vergara Quintero, Rad. 0500 -23-31-000-2004-05315-01(1026-07), en los siguientes términos:

«[...]

Corolario de lo expuesto, si bien la normatividad relativa a la pensión gracia de jubilación no contempla en caso de fallecimiento del docente la sustitución pensional en cabeza de sus posibles beneficiarios, como se observa, esta jurisdicción en diversos pronunciamientos ha hecho referencia a lo aquí planteado, haciendo procedente la sustitución de la pensión gracia de jubilación.

[...]

Dentro del anterior contexto, habrá de revocarse la providencia apelada y, en su lugar, se accederá a las pretensiones de la demanda, declarando la nulidad de los actos administrativos demandados y ordenando el reconocimiento de la pensión gracia de jubilación post – mortem a favor del señor Orlando Alberto Gutiérrez Zapata (q.e.p.d.) a partir del 20 de octubre de 1999, fecha en que ocurrió su deceso y se ordenará la sustitución a favor de los demandantes, de acuerdo con las previsiones de ley. La liquidación de ésta prestación se realizará tomando en cuenta el promedio de los últimos factores salariales percibidos por el señor Gutiérrez Zapata antes de ocurrido su fallecimiento.

[...]»

Y en providencia de 4 de marzo de 2010, C.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren. Radicado 08001-23-31-000-2006-00004-01(0824-09), al expresar lo siguiente:

«[...] que la pensión gracia, tal como lo ha entendido la Jurisprudencia y la Doctrina, es una pensión especial de origen legal cuya gratuidad, es decir, la ausencia de aportes o cotizaciones para tal efecto, no impide su consolidación como derecho adquirido con justo título y por ende su aptitud para ser sustituida en caso de muerte del beneficiario, pues una vez configurados los elementos

⁴ Sentencia del 17 de mayo de 2007. Consejera Ponente Dra. Bertha Lucia Ramírez de Páez. Actor: Gloria Stella Scott de Serrano. Rad. No. 1999 – 02169 – 01 (1922 – 06).

que permiten el otorgamiento de la pensión gracia, se entiende que el derecho ingresa al patrimonio del docente tornándose potencialmente sustituible dada su naturaleza pensional y la categoría de derecho adquirido que obtiene una vez consolidado.

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

Ahora, si bien la normatividad especial que regula la pensión gracia no contempló específicamente la sustitución de la misma a favor de los beneficiarios del docente luego de su deceso, lo cierto es que tampoco la prohibió, ni señaló -para quienes lograron obtenerla o gozan de una expectativa válida frente a la misma por virtud del régimen de transición de la Ley 91 de 1989- causal alguna de extinción del derecho, mucho menos su cese o pérdida con ocasión del fallecimiento del pensionado o docente con derecho. [...]»⁵

Ahora bien, esta Corporación⁶ también ha señalado que de conformidad con lo establecido en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, el Sistema Integral de Seguridad Social consagrado en esa misma ley no resulta aplicable a los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, creado por la Ley 91 de 1989, razón por la cual este personal, en lo atinente a la sustitución pensional, deberá regirse por lo previsto en la Ley 71 de 1988 y el Decreto 1160 de 1989. No obstante, lo profesores que no se encuentran vinculados al mencionado fondo, sí resultarán cobijados por los preceptos de la aludida Ley 100.

Finalmente, con respecto al ámbito de aplicación de la Ley 71 de 1988 y su Decreto reglamentario 1160 de 1989, esta Corporación en sentencia de 10 de octubre de 1996⁷, señaló:

“No obstante lo anterior ha de precisar la Sala que la Ley 71 de 1988 y por ende su Decreto Reglamentario 1660 [sic] de 1989 continuaron vigentes en cuanto a aquellos regímenes que por exclusión no quedaron comprendidos dentro de la Ley 100 de 1993, según lo dispuesto en el Artículo 279.

A estas conclusiones de derogatoria tácita parcial de la legislación anterior sobre pensiones y aplicación para algunos destinatarios llega la Sala, primero, porque como ya se dijo, la comparación de las disposiciones anteriores a la vigencia de la Ley 100 con el régimen que ella contiene, permiten afirmar que la preceptiva demandada se encuentra derogada en cuanto a los regímenes que deben gobernarse por la Ley 100 de 1993 y, segundo, porque los exceptuados en el Artículo 279 ibidem, al no estar comprendidos dentro del ámbito de aplicación del nuevo sistema, deben regirse por la legislación anterior en cuanto sea compatible con cada régimen especial y mientras, como es obvio, el Legislador no expida un sistema de pensiones para tales destinatarios.”

⁵ Consejo de Estado, Sección Segunda – Subsección “A”, Sentencia del 4 de marzo de 2010. C.P. Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren. Radicado No. 08001-23-31-000-2006-00004-01(0824-09).

⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, Consejera Ponente: Carmelo Perdomo Cueter. Bogotá, D.C, treinta y uno (31) de octubre de dos mil dieciocho (2018). Radicación número: 23001-23-33-000-2013-00007-01(1576-14).

⁷ Sentencia de 10 de octubre de 1996, expediente 11223, C. P. Dolly Pedraza de Arenas.

En ese orden de ideas, aunque la norma especial que regula la pensión gracia no contempló específicamente la sustitución de la misma a favor de los beneficiarios del docente luego de su deceso, dicho beneficio se ha venido reconociendo a los beneficiarios de quienes lograron obtenerla o gozaban de una expectativa válida frente a la misma por virtud del régimen de transición de la Ley 91 de 1989 con ocasión del fallecimiento del pensionado o docente con derecho.

En este sentido, la Subsección⁸ se ha venido pronunciando para precisar la vocación de sustituibilidad que asiste a la pensión gracia bajo los mismos parámetros legales y criterios aplicables a las pensiones ordinarias:

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

Bajo la motivación precedente se concluye la vocación de sustituibilidad que asiste a la pensión gracia bajo los mismos parámetros legales y criterios aplicables a las pensiones ordinarias, pues si bien su causa jurídica es diferente, estas comparten por voluntad del legislador la misma naturaleza, y en materia de sustitución, idéntica finalidad de amparo a la familia más próxima de quien antes de fallecer adquirió el derecho, de manera pues, que resultan aplicables en tal sentido las normas generales que regulan la materia, vigentes al momento del deceso del docente⁹”

la jurisprudencia de esta Corporación ha sido pacífica en aceptar tal sustitución, pues no existe una prohibición expresa para su aplicación y tampoco una causal de extinción del derecho, mucho menos está contemplado su cese o pérdida con ocasión del fallecimiento del pensionado o docente con derecho. (Negrillas fuera de texto)

Conforme lo expuesto es claro que la pensión gracia tiene definida su vocación de sustituibilidad bajo los mismos parámetros legales y criterios aplicables a las pensiones ordinarias, pues comparte por voluntad del legislador la misma naturaleza y en campos de sustitución la misma finalidad de amparo a la familia.

Así mismo, es claro que la Ley 71 de 1988 y el Decreto 1160 de 1989 resultan aplicables para aquellos docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, los cuales se encuentran excluidos de la aplicación de la Ley 100 de 1993 por virtud del artículo 279, sin embargo será de aplicación la Ley

⁸ Sentencia de veintiséis (26) de julio de dos mil dieciocho (2018), Radicación número: 47001-23-33-000-2016-00099-01(0042-17), Actor: RAMIRO GUILLERMO FONSECA MARTÍNEZ, Demandado: UGPP, Consejero ponente: WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ, Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho. Sentencia O-122-2018.

⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, sentencia de 4 de marzo de 2010, Consejero ponente Gustavo Gómez Aranguren, radicación 08-001-23-31-000-2006-00004-01, demandante Francisco Coronel Vásquez, demandado Cajanal, número interno: 0824-2009.

100 para aquellos docentes que no se encuentren vinculados al citado fondo.

Así las cosas, el artículo 3 de la Ley 71 de 1988, en lo referente a la sustitución pensional, dispuso lo siguiente:

«ARTICULO 3º.-Extiéndense las previsiones sobre sustitución pensional de la Ley 33 de 1973, de la Ley 12 de 1975, de la Ley 44 de 1980 y de la Ley 113 de 1985 en forma vitalicia, al cónyuge supérstite o compañero o compañera permanente, a los hijos menores o inválidos, a los padres o hermanos inválidos que dependen económicamente del pensionado, en las condiciones que a continuación se establecen:

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

La Ley 71 de 1988 fue reglamentada por el Decreto 1160 de 1989, en el cual se dispuso:

“(…) Artículo 6º BENEFICIARIOS DE LA SUSTITUCIÓN PENSIONAL.
Extiéndense las previsiones sobre sustitución pensional:

1º En forma vitalicia al cónyuge sobreviviente y, a falta de éste, al compañero o a la compañera permanente del causante.

Se entiende que falta el cónyuge:

- a) Por muerte real o presunta;
- b) Por nulidad del matrimonio civil o eclesiástico.
- c) Por divorcio del matrimonio civil.

2º A los hijos menores de 18 años, inválidos de cualquier edad y estudiantes de 18 años o más de edad, que dependan económicamente del causante, mientras subsistan las condiciones de minoría de edad, invalidez o estudios.

3º A falta de cónyuge, compañero o compañera permanente o hijos con derecho, en forma vitalicia a los padres legítimos, naturales y adoptantes del causante, que dependan económicamente de éste.

4° A falta de cónyuge, compañero o compañera permanente, hijos y padres con derecho, a los hermanos inválidos que dependan económicamente del causante y hasta cuando cese la invalidez(...)."

En cuanto a la pérdida del derecho a la sustitución pensional, el artículo 7 de la Ley 71 de 1988, disponía:

"(...)Artículo 7°.- Pérdida del derecho del cónyuge sobreviviente. El cónyuge sobreviviente no tiene derecho a la sustitución pensional, cuando se haya disuelto la sociedad conyugal o exista separación legal y definitiva de cuerpos o cuando en el momento del deceso del causante no hiciere vida en común con él, salvo el caso de hallarse en imposibilidad de hacerlo por haber abandonado éste el hogar sin justa causa o haberle impedido su acercamiento o compañía, hecho éste que se demostrará con prueba sumaria.

El cónyuge sobreviviente pierde el derecho de la sustitución pensional que esté disfrutando, cuando contraiga nupcias o haga vida marital.

NOTA: El texto subrayado fue declarado NULO por el Consejo de Estado, Sección Segunda, mediante Sentencia del 8 de julio de 1993, Expediente No. 4583, Magistrada Ponente Dra. Clara Forero de Castro. Sección Segunda. Igual fallo con el Expediente 7240 de Sentencia 12 de julio de 1994(...)"

Y en lo concerniente a la distribución del derecho pensional, el artículo 8, consagró:

"(...) Artículo 8°.- Distribución entre beneficiarios de la sustitución pensional. La sustitución pensional se distribuirá entre los beneficiarios así:

1. El 50% para el cónyuge sobreviviente o compañero o compañera permanente del causante y el otro 50% para los hijos de éste, distribuido por partes iguales.
2. A falta de hijos con derecho, se sustituirá la totalidad de la pensión, al cónyuge Sobreviviente o al compañero o compañera permanente del causante.
3. Si no hubiere cónyuge supérstite o compañero o compañera permanente, la sustitución de la pensión corresponderá a los hijos con derecho, por partes iguales.
4. Si no hubiere cónyuge supérstite o compañero o compañera permanente, ni hijos con derecho, se sustituirá la totalidad de la pensión a los padres con derecho.
5. Si no hubiere cónyuge supérstite, compañero o compañera permanente, hijos o padres con derecho, la sustitución de la pensión corresponderá a los hermanos inválidos del causante.

Parágrafo- Cuando falte alguno de los beneficiarios del respectivo orden por extinción o pérdida del derecho, la parte de su pensión acrecerá a la de los demás en forma proporcional(...)"

Ahora bien, con anterioridad a la Constitución de 1991, el concepto de familia se encontraba restringido a aquella conformada por vínculos jurídicos, empero con su promulgación, éste se amplió para proteger, en un absoluto plano de igualdad, también a la nacida de lazos forjados en hechos y en apoyo mutuo, modificando de

esta manera, el elemento fundacional de la familia, de la naturaleza jurídica del vínculo a la voluntad libre y permanente de conformarla.

Por ello, la Corte Constitucional, ha expresado que el reconocimiento de la familia extramatrimonial se ha reafirmado por la ley, el derecho comparado y la jurisprudencia, en tanto se *“reconocen las diferentes formas de relaciones familiares extramatrimoniales y ordenan darle un tratamiento igual al que se le otorga a la familia matrimonial”*¹⁰, y por tanto *“es innegable (...) que faltando tan solo formalización de su vínculo conyugal, deban recibir un tratamiento equiparable o semejante por muchos aspectos al que merece la unión conyugal”*¹¹.

Y 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 formal¹²; pues de lo contrario, 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.¹³

Bajo tal entendimiento, el legislador no puede expedir normas que consagren un trato diferenciado en cuanto a los derechos y deberes de quienes ostentan la condición de cónyuge o de compañero permanente¹⁴.

Efectuada la anterior precisión, se tiene que en desarrollo del artículo 48 superior, el legislador previó la sustitución pensional y la pensión de sobrevivientes con el fin de suplir la ausencia repentina del apoyo económico que brindaba el empleado al grupo familiar y evitarle un cambio sustancial de las condiciones mínimas de subsistencia tras su muerte¹⁵.

Así lo ha considerado la Corte Constitucional, al sostener que la pensión de sobrevivientes y la sustitución pensional, es una prestación económica reconocida a favor del grupo familiar del pensionado por vejez o invalidez que fallece y tiene por

¹⁰ Ver la Sentencia C-081 de 1999, M.P. Dr. Fabio Morón Díaz.

¹¹ Ídem.

¹² Sentencia T-1103 de 2000, Magistrado Ponente: Dr. José Gregorio Hernández Galindo.

¹³ Sentencia T- 553 de 1994, Magistrado Ponente: Dr. Álvaro Tafur Galvis

¹⁴ Sentencia C-477 de 1999, Magistrado Ponente: Dr. Carlos Gaviria Díaz.

¹⁵ Ver Sentencia de la Subsección B, de 07 de febrero de 2013. Consejero Ponente: Dr. Gerardo Arenas Monsalve. Rad: 05001-23-31-000-2008-01384-01(0998-12)

finalidad proteger a los miembros de dicho grupo del posible desamparo al que se pueden enfrentar por razón de la muerte del causante, en tanto, antes del deceso, dependían económicamente de aquél¹⁶. Esa Alta Corporación, sobre el propósito de la pensión de sobrevivientes, especificó:

“(…) es el de ofrecer un marco de protección a los familiares del afiliado o del pensionado que fallece, frente a las contingencias económicas derivadas de su muerte. (…) Concretamente, la pensión busca [evitar] que ocurrida la muerte de una persona, quienes dependían de ella se vean obligados a soportar individualmente las cargas materiales y espirituales de su fallecimiento. Desde esta perspectiva, ha dicho la Corte, “la sustitución pensional responde a la necesidad de mantener para su beneficiario, al menos el mismo grado de seguridad social y económica con que contaba en vida del pensionado fallecido, que al desconocerse puede significar, en no pocos casos, reducirlo a una evidente desprotección y posiblemente a la miseria (…)”¹⁷ (Negrilla y subrayado del Juzgado)

También el Consejo de Estado, siguiendo la misma interpretación, en Sentencia de 30 de julio de 2009. Radicación número: 68001-23-15-000-2001-02594-01(0638-08). Consejero ponente: Dr. Gerardo Arenas Monsalve, precisó lo siguiente:

“el derecho a la sustitución pensional busca impedir que sobrevenida 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 supérstite 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”.

En ese orden de ideas, el factor determinante para dirimir la controversia relacionada con el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, está dado por el compromiso de apoyo afectivo y de comprensión mutua -factor convivencia-, existente entre la pareja al momento de la muerte del pensionado, y no un criterio simplemente formal, basado en el vínculo matrimonial¹⁸, con lo cual queda aclarado el interés legítimo que le asiste al compañero (a) permanente en materia pensional.

¹⁶ Al respecto, entre otras, las Sentencias T-089 de 2007 (MP. Manuel José Cepeda Espinosa), T-606 de 2005 (MP. Marco Gerardo Monroy Cabra), T-424 de 2004 (MP. Álvaro Tafur Galvis), T-1283 de 2001 (MP. Manuel José Cepeda Espinosa).

¹⁷ Sentencia C-002 de 1999 (MP. Antonio Barrera Carbonell).

¹⁸ Sentencia T-566 de 1998, Magistrado Ponente: Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Ahora bien, es cierto que la Ley 71 de 1988 no contemplaba la posibilidad de concurrencia de cónyuge y compañera(o) permanente en calidad de beneficiarias(os) de la prestación periódica por muerte, excluyendo de ésta manera la convivencia surgida de vínculos naturales y simultáneos.

Sin embargo, según lo ha considerado la jurisprudencia de la Corte Constitucional, teniendo en cuenta que con la pensión de sobrevivientes se garantizan derechos constitucionales de carácter fundamental, las disposiciones destinadas a regular los aspectos relacionados con esta prestación asistencial, de ningún modo, pueden incluir expresa o implícitamente tratos discriminatorios que dificulten el acceso a ésta. Así lo indicó en la Sentencia C-1035/08, Magistrado Ponente: Dr. Jaime Córdoba Triviño, en la que si bien estudió la constitucionalidad de la Ley 797 de 2003, sus fundamentos de derecho resultan plenamente aplicables al caso concreto, en tanto hacen un análisis del trato preferencial respecto del cónyuge al momento de determinar los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, a la luz de los preceptos de la Carta Magna, para concluir lo siguiente:

“(…) la Sala advierte que la expresión acusada, evidentemente, establece un trato diferenciado. La norma prescribe que si dos personas ejercen convivencia simultánea con el causante, para efectos de conceder la pensión de sobreviviente, se preferirá a quien tenga la condición de cónyuge, constituyendo esto un trato preferencial de un grupo poblacional frente a otro en una situación particular.

10.2.4. Segundo: La Corte observa que el tratamiento discriminatorio que se desprende de la norma, está fundado en una distinción de origen familiar. En este caso, la norma por razón del tipo de vínculo familiar formado con el causante, excluye a la compañera permanente de la posibilidad de acceder a la pensión de sobrevivientes, siquiera un porcentaje proporcional al tiempo vivido cuando se superan los cinco años.

(…)

10.2.5.5. Frente a esta regulación legislativa, considera la Corte que, de acuerdo al entendimiento de la dimensión constitucional que irradia la figura de la pensión de sobrevivientes, no existe razón alguna para privilegiar, en casos de convivencia simultánea, la pareja conformada por medio de un vínculo matrimonial, sobre aquella que se formó con base en un vínculo natural. Dicho en otras palabras, no se puede argumentar que para proteger la familia como núcleo esencial de la sociedad, se excluyan del ámbito de protección asistencial modelos que incluso la propia Carta ha considerado como tales.”

Así las cosas, al analizar el caso bajo estudio a la luz de la Ley 71 de 1988, el derecho a la sustitución recae en el cónyuge o compañera permanente en concurrencia con los hijos menores o inválidos por mitades, con derecho a acrecimiento cuando alguno de los dos órdenes tenga extinguido su derecho

Al analizarlo con el Decreto 1160 de 1989 que reglamentó la Ley 71 de 1988, se tiene que la prestación corresponde en forma vitalicia al cónyuge sobreviviente y, a falta de éste, al compañero o a la compañera permanente del causante.

En ese orden, en el presente caso a la luz de las referidas normas, el derecho a la sustitución pensional recae en la compañera permanente Ana Rita Bonilla de Hernández, habida consideración del deceso de la señora Sara Cuellar de Buitrago, conforme el registro civil de defunción que milita a folio 11 del expediente.

Ahora bien, en el supuesto en que el causante no se encontrara afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, pues de entrada se debe indicar que no obra en el plenario prueba que así lo indique o lo desvirtúe, lo procedente es analizar la situación a la luz de la Ley 100 de 1993, norma aplicable para aquellos docentes no afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, como se concluyó en precedencia con la jurisprudencia en comentario.

En ese sentido se tiene que el artículo 46, de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 12 de la Ley 797 de 2003, estableció que para acceder al beneficio de la sustitución pensional por muerte del causante, resulta obligatorio acreditar los siguientes requisitos:

“(…) Artículo 46. 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 y,
2. Los miembros del grupo familiar del afiliado al sistema que fallezca, siempre y cuando éste hubiere cotizado cincuenta semanas dentro de los tres últimos años inmediatamente anteriores al fallecimiento y se acrediten las siguientes condiciones:

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

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

La disposición normativa en comento comporta entonces una dualidad en la carga probatoria frente al afiliado y su círculo familiar pues para el primero, reposa la obligación de encontrarse pensionado o haber cotizado 50 semanas en los últimos 3 años inmediatamente anteriores a la fecha de su fallecimiento en caso de no haber alcanzado dicho status, mientras que para el familiar con interés en hacerse acreedor de la pensión de sobrevivientes, se le endilga la responsabilidad de acreditar de manera indiscutible las formalidades establecidas en el artículo 47 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003.

En efecto, la naturaleza, fin y principios que rigen la sustitución pensional obedecen a la intención del legislador de no dejar desprovisto de un sustento económico que sirva para cubrir las necesidades básicas del grupo familiar del difunto, máxime si la responsabilidad del sostenimiento del núcleo familiar recaía única y exclusivamente sobre el causante, siendo entonces una necesidad del Estado, no desamparar a quienes se encontraban bajo el manto y tutela del causante sino todo lo contrario, en la medida de lo posible, asegurar los medios económicos para quienes han quedado en estado de desamparo producto de la muerte del causante.

Este análisis ha sido desarrollado por la Corte Constitucional, que en sentencia T-090 de 2016¹⁹, precisó que el objetivo esencial de la sustitución pensional se traduce en evitar que las personas que económicamente mantenían una dependencia con el pensionado, queden a posteriori de su deceso y de forma intempestiva, sin un ingreso que les permita su subsistencia y satisfacción de sus necesidades básicas. En ese orden, la sustitución pensional se traduce en la posibilidad de brindar a los beneficiarios del occiso, la oportunidad de mantener al menos el mismo grado de seguridad social y económica con que contaban en vida como consecuencia de su dependencia hacia el pensionado o afiliado fallecido, en caso contrario, se condenaría a dichas personas a una evidente desprotección y situación de vulnerabilidad.

En su artículo 47, la Ley 100 de 1993, estableció las personas que podían acceder a una pensión de sobrevivientes por ser beneficiarios directos del causante, siempre y cuando cumplieran los requisitos allí indicados.

¹⁹ Corte Constitucional, sentencia T-090 de 24 de febrero de 2016. Magistrado Ponente Dr. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo

Dicha norma fue modificada por el artículo 12 de la Ley 797 de 2003 en el siguiente sentido:

“(…) 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;

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).

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

En caso de convivencia simultánea en los últimos cinco años, antes del fallecimiento del causante entre un cónyuge y una compañera o compañero permanente, la beneficiaria o el beneficiario de la pensión de sobreviviente serán la esposa o el esposo. Si no existe convivencia simultánea y se mantiene vigente la unión conyugal pero hay 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; (...)”

Específicamente, en punto a los beneficiarios, el literal “a” de la norma citada, establece que la pensión de sobrevivientes se reconocerá de manera vitalicia a la cónyuge o compañera supérstite siempre que (i) a la fecha de fallecimiento del causante, ésta tenga una edad superior a los 30 años, y (ii) que para el momento del deceso del pensionado o afiliado al sistema general de pensiones, la interesada logre demostrar una convivencia de, por lo menos, cinco (5) años **continuos**, previos a la fecha en que el causante falleció; dicho presupuesto fue establecido con el fin de evitar vulneraciones y fraudes al sistema general de pensiones, esto en virtud del análisis efectuado por la Corte Constitucional en sentencia C-1094 del

año 2003, por la cual se pronunció sobre la constitucionalidad de algunas disposiciones de la Ley 797 de 2003. En dicho fallo, la Corte expuso:

“(…) Los literales a) y b) del artículo 13 en referencia consagran las condiciones para que el cónyuge o compañero o compañera permanente superviviente sea beneficiario de la pensión de sobrevivientes. De ellas, los accionantes impugnan tres aspectos en particular: i) el requisito de convivencia con el fallecido por no menos de 5 años continuos con anterioridad a su muerte; ii) el reconocimiento en forma vitalicia o en forma temporal del derecho a la pensión de sobrevivientes, en consideración a la edad del cónyuge o compañero superviviente; y iii) el reconocimiento en forma vitalicia o en forma temporal del derecho a la pensión de sobrevivientes, en consideración al hecho de haber tenido hijos o no con el causante.

Como se indicó, el legislador, de acuerdo con el ordenamiento constitucional, dispone de una amplia libertad de configuración frente a la pensión de sobrevivientes. Además, según lo tiene establecido esta Corporación, el señalamiento de exigencias de índole personal o temporal para que el cónyuge o compañero permanente del causante tengan acceso a la pensión de sobrevivientes “constituye una garantía de legitimidad y justicia en el otorgamiento de dicha prestación que favorece a los demás miembros del grupo familiar”.

En relación con los cargos formulados, la Corte encuentra que, en principio, la norma persigue una finalidad legítima al fijar requisitos a los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, lo cual no atenta contra los fines y principios del sistema. En primer lugar, el régimen de convivencia por 5 años sólo se fija para el caso de los pensionados y, como ya se indicó, con este tipo de disposiciones lo que se pretende es evitar las convivencias de última hora con quien está a punto de fallecer y así acceder a la pensión de sobrevivientes.

Además, según el desarrollo de la institución dado por el Congreso de la República, la pensión de sobrevivientes es asignada, en las condiciones que fija la ley, a diferentes beneficiarios (hijos, padres y hermanos inválidos). Por ello, al establecer este tipo de exigencias frente a la duración de la convivencia, la norma protege a otros posibles beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, lo cual está circunscrito dentro del ámbito de competencia del legislador al regular el derecho a la seguridad social. (…)

En la mencionada providencia, se precisó que la regulación establecida frente a la pensión de sobrevivientes es una facultad que tiene el legislador y que la misma deberá ser acogida por cuanto la modalidad de dicha prestación periódica está sujeta a diversas variantes, por lo cual, es apenas lógico disponer de ciertos límites, por ejemplo cronológicos, para que los beneficiarios puedan acceder a la prerrogativa en cuestión de forma legítima con la firme intención de disminuir, en la mayor medida posible, que sobre ella surjan reclamaciones por sujetos que aleguen iguales o similares condiciones que acrediten el reconocimiento del derecho pensional.

Así las cosas, el legislador también previó la posibilidad de que el causante hubiese convivido simultáneamente con varias personas, motivo por el cual frente a dicho contexto, se dispuso lo siguiente:

“(…) En caso de convivencia simultánea en los últimos cinco años, antes del fallecimiento del causante entre un cónyuge y una compañera o compañero permanente, la beneficiaria o el beneficiario de la pensión de sobreviviente serán la esposa o el esposo. Si no existe convivencia simultánea y se mantiene vigente la unión conyugal pero hay 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. (…)”

Lo anterior, en virtud del principio de igualdad, pues la Corte Constitucional, para los efectos de la sustitución pensional, ha dado similar trato a la cónyuge y a la compañera permanente, toda vez que el requisito de la convivencia, obedece justamente al tiempo que compartieron el causante y la presunta beneficiaria bajo un mismo lecho y techo en condición de pareja, así lo manifestó la Corte en sentencia T-485 de 2011, en la que precisó que el derecho a la pensión de sobrevivientes redunda en la familia como interés jurídico a proteger mediante el amparo de dicha contingencia, de tal modo que no resultaría adecuado privilegiar un tipo de vínculo sobre otro, esto es el matrimonio sobre la unión marital, al momento de definir sobre quién recae el derecho, dando así prevalencia al criterio material de la convivencia, es decir la demostración fáctica de dicho supuesto sobre el criterio formal que establece la tipología del vínculo entre el causante y su pareja²⁰.

Este criterio ha sido adoptado y aplicado de manera reiterada y uniforme tanto para servidores públicos así como para los trabajadores del sector privado pues el régimen pensional, referente específicamente a la pensión de sobrevivientes, fue regulado en un ámbito de aplicación general por la Ley 100 de 1993 y posteriormente por la Ley 797 de 2003.

2.3 Reiteración jurisprudencial de la convivencia como requisito *sine qua non* para el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes.

De acuerdo con el desarrollo normativo y axiológico realizado frente a los requisitos necesarios para acceder a la pensión de sobrevivientes, resulta necesario

²⁰ Corte Constitucional, sentencia T-485 del 20 de junio de 2011. Magistrado Ponente Dr. Luis Ernesto Vargas Silva.

profundizar sobre la “convivencia” en virtud de la decantada jurisprudencia tanto de la Corte Constitucional como del Honorable Consejo de Estado.

De otro lado, ha sido criterio aplicado por este Despacho respecto de la convivencia frente a la definición de la sustitución pensional cuando el causante tuvo -sin convivencia simultánea- un compañero o compañera permanente al momento de su muerte y una unión conyugal vigente, la demostración por parte del primero de la convivencia con el causante los 5 años anteriores a su muerte, y para la cónyuge supérstite la demostración de los cinco años de convivencia con el causante en cualquier tiempo, al respecto la Corte Constitucional mediante sentencia C- 336 de 2014 indicó:

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

En sede de tutela, en múltiples oportunidades la Corte Constitucional se ha pronunciado reiterando esta regla, dentro de ellas, en la sentencia T-683 de 2017, en esta providencia se discurrió:

“Respecto de aquellas situaciones en las que concurren como beneficiarios el cónyuge y el compañero o compañera permanente, la norma contempla diferentes hipótesis.²¹

De acuerdo con las circunstancias de los casos analizados, se precisarán las reglas fijadas respecto de aquellos eventos en los que el causante tuvo -sin convivencia simultánea- un compañero o compañera permanente al momento de su muerte y una unión conyugal vigente, estando, no obstante, separado de hecho de su cónyuge (inciso 3, literal b, artículo 47 de la Ley 100). Según dicha disposición, **tal situación permite que la compañera o el compañero permanente reclamen una cuota parte de la prestación correspondiente, en forma vitalicia, en un porcentaje proporcional al tiempo que convivieron con el causante, siempre que haya sido superior a los últimos cinco años antes de su fallecimiento. La otra cuota parte le corresponderá al cónyuge supérstite del afiliado o pensionado.**

Al referirse al último contenido normativo, la Corte Constitucional declaró su exequibilidad, **precisando que aunque exista una sociedad conyugal no liquidada con separación de hecho, también se debe demostrar que se**

²¹ Sentencias T-875 de 2014. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva, fundamento jurídico N° 4.4; y T-090 de 2016. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, fundamento jurídico N° 6.

convivió con el causante durante al menos cinco años en cualquier tiempo.²² (Negrilla fuera de texto)

En reciente pronunciamiento en la sentencia de unificación SU 453 de 2019, frente a este punto indicó:

Es teniendo en cuenta lo anterior que la Corte Constitucional ha concluido que las disputas entre cónyuge y compañero (a) permanente supérstite respecto de la sustitución pensional o la pensión de sobrevivientes pueden plantearse cuando hay convivencia simultánea o cuando, al momento del fallecimiento, tenía un compañero (a) permanente y una unión conyugal vigente con separación de hecho, teniendo en cuenta que en este último evento, no es necesario demostrar, por parte del cónyuge supérstite, una convivencia con el causante de cinco años inmediatamente anteriores a la muerte, sino que dicho término de convivencia pudo haberse dado en cualquier tiempo²³.

Por su parte, el Consejo de Estado mediante sentencia veinte (20) de febrero de dos mil veinte (2020), dentro del proceso con radicado 05001-23-33-000-2017-02535-01(1452-19), indicó:

(...)

La Corte Constitucional declaró la exequibilidad de esta norma en la sentencia C-336 de 2014²⁴, en la cual determinó que el precepto en comento no violaba el derecho a la igualdad de la compañera permanente que debe compartir la pensión de sobrevivientes **con la cónyuge separada de hecho**, pues no se está frente a idénticos supuestos fácticos, dado que la cónyuge con sociedad conyugal vigente y que no convivía al momento de la muerte con el causante y la última compañera permanente, pertenecen a grupos diferentes. A este respecto se retomó la jurisprudencia constitucional que indica la diferenciación existente entre el matrimonio y la unión marital de hecho.

²² Sentencia C-336 de 2014. M.P. Mauricio González Cuervo, fundamento jurídico N° 4.3.2. Dicho criterio ha sido reiterado en sede de control concreto, por ejemplo, sentencias T-090 de 2016. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, fundamento jurídico N° 6; y T-015 de 2017. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, fundamento jurídico N° 7.2.

²³ Corte Constitucional, sentencia T-015 de 2017 (MP Gabriel Eduardo Mendoza Martelo) “las disputas que puedan presentarse entre el cónyuge y el compañero o la compañera permanente supérstite en torno al derecho a la sustitución pensional o a la pensión de sobrevivientes pueden ocurrir, o bien porque este convivió simultáneamente con su cónyuge y su compañera o compañero permanente, o bien porque, **al momento de su muerte, tenía un compañero permanente y una sociedad conyugal anterior que no fue disuelta, o un compañero o compañera permanente y una unión conyugal vigente, con separación de hecho**. En este último evento, **no hace falta que el cónyuge supérstite demuestre que convivió con el causante durante los últimos cinco años de su vida, sino, solamente, que convivió con él o ella más de cinco años en cualquier tiempo** (resaltado fuera de texto).”

²⁴ Corte Constitucional. Sentencia del 4 de junio de 2014. Magistrado ponente: Mauricio González Cuervo. Referencia expediente: D-9910.

En esa oportunidad la Corte explicó que es constitucionalmente justificada la medida adoptada «en tanto que ambos beneficiarios -compañero permanente y cónyuge con separación de hecho- cumplen con el requisito de convivencia, el cual se armoniza con los efectos patrimoniales de cada institución, pues los haberes del matrimonio siguen produciendo efectos jurídicos ya que la separación de hecho no resta efectos a la sociedad patrimonial existente entre el causante y su cónyuge sobreviviente. Es decir, que pese a que el de *cujus* conviviera por el término mínimo de cinco años con un compañero permanente, la sociedad de hecho entre estos dos no se conformó al estar vigente la del matrimonio».

(...)

Finalmente se concluyó que «[...] en protección y reconocimiento del tiempo de convivencia y apoyo mutuo acreditado por el miembro sobreviviente de la unión marital de hecho, que el legislador le otorgó el beneficio de una cuota parte de la pensión frente a la existencia de una sociedad conyugal. En conclusión, la norma busca equilibrar la tensión surgida entre el último compañero permanente y la del cónyuge con el cual a pesar de la no convivencia no se disolvieron los vínculos jurídicos. Por todo lo anterior, la norma acusada es constitucional y será declarada exequible [...]».

En esta sentencia también se trajo a colación la posición sostenida por la Corte Suprema de Justicia la cual comulga con la expuesta por la Corte Constitucional, al respecto se indicó:

Ahora bien, para Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia esa disposición busca dar la protección a quien acompañó al pensionado, y quien le brindó asistencia económica o mantuvo el vínculo matrimonial hasta el momento de su muerte, pese a estar separados de hecho, siempre que la convivencia se haya dado por lo menos durante 5 años, **sin que ello implique que deban satisfacerse previos al fallecimiento**, sino en cualquier época²⁵...

(...)

Como se aprecia, esa Corporación precisó que en esos casos los cinco años de convivencia para el cónyuge *supérstite*, separado de hecho, se pudieron configurar en cualquier época, no sólo previos a la muerte del causante, esto a efectos de proteger a quien junto con el causante conformaron un común proyecto de vida, que inclusive coadyuvó con su compañía y su fortaleza a que el trabajador construyera la pensión, se ve desprovista del sostén que aquel le proporcionaba, posición que venía manifestándose en la Corte con anterioridad²⁶. (Negritas fuera de texto)

Finalmente, luego de lo expuesto, el Consejo de Estado fija su postura de la siguiente manera:

²⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, sentencia de 10 de mayo de 2017, SL6519-2017, Radicación 57055

²⁶ Acá se reitera lo que se venía diciendo que Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, sentencia de 24 de enero de 2012, rad. 41637.

“Resalta además la Subsección la valiosa conclusión a que arribó la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en fallo CSJ SL, 29 de noviembre de 2008, rad. 32393, según la cual, carecería de todo sentido que de una parte el legislador consagrara un derecho para quien «mantiene vigente la unión conyugal pero hay una separación de hecho», se le exigiera a esa misma persona la convivencia en los últimos cinco (5) años de vida del causante, cuando la separación de hecho significa que no hay convivencia.

A la anterior precisión esta Sala suma que siendo la sociedad conyugal uno de los efectos patrimoniales del matrimonio, que al no liquidarse impide la conformación de la sociedad patrimonial con el compañero(a) permanente, no pueden desconocerse sus efectos jurídicos al momento de la reclamación del reconocimiento de la sustitución pensional, en particular, cuando el cónyuge separado de hecho demuestra que hizo vida en común con el causante por lo menos durante cinco (5) años, en cualquier tiempo, sentido en el que debe interpretarse el inciso final del artículo 47 de la Ley 100 de 1993.” (Negrillas fuera de texto)

Conforme lo expuesto, es claro que, sumado a que las consideraciones generales de la sustitución pensional le son aplicables al caso bajo estudio y que para las tres cortes en el escenario en el que hay un causante con sociedad conyugal vigente, separado de hecho, y con compañera permanente, las cuales comparecen a reclamar la sustitución pensional, la cónyuge deberá acreditar que hizo vida en común con el causante durante **cinco (5) años en cualquier tiempo**, por su parte, la compañera permanente deberá probar que convivió con el causante los **cinco (5) años anteriores a su deceso**, postura que como se indicó comparte esta sede judicial.

3. Caso concreto

En el presente caso, conforme al caudal probatorio allegado al expediente se encuentra probado que la accionada mediante Resolución 523 del 30 de octubre de 1959 le reconoció la pensión de jubilación al causante, por haber prestado sus servicios en calidad de Docente (fl. 295).

El 16 de mayo de 1936 contrajo matrimonio con la señora Sara Cuellar Sánchez (fl. 295 archivo -196).

El señor Rafael Buitrago Gámez, falleció el 08 de septiembre de 1992, de conformidad con el registro civil de defunción (fl. 10).

Por medio de petición del 4 de noviembre de 1992 la demandante solicitó el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes (fl. 295 archivo 184).

A través de Resolución 000065 del 7 de enero de 1994, la extinta Caja Nacional de Previsión Social negó el reconocimiento a la actora al considerar que no había cumplido con la carga de allegar la declaración de separación de cuerpos o fallo de divorcio del matrimonio entre el causante y la señora Sara Cuellar, así mismo reconoció la sustitución en porcentaje del 50% a Rafael Enrique Buitrago Bonilla, hijo de la actora y el causante. (fl. 295 archivo 184).

Frente a esa decisión interpuso recurso de apelación el cual fue resuelto por medio de la Resolución 761 del 15 de marzo de 1995 confirmando la decisión inicial (fl. 295 archivo 204).

Por medio de petición del año 1995, la señora Sara Cuellar de Buitrago solicitó el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, la cual le fue reconocida en porcentaje del 50% por medio de la Resolución 010176 del 27 de agosto de 1996 (fl. 295 archivo 226).

La señora Sara Cuellar de Buitrago falleció el 19 de agosto de 2002, conforme con el registro civil de defunción (fl. 11).

Posteriormente, mediante petición del 21 de enero de 2003, nuevamente la actora solicitó²⁷ la sustitución de la pensión gracia, la cual fue negada por medio de la Resolución 09330 del 21 de mayo de 2003, la cual fue apelada por la actora y confirmada por la Resolución 4672 del 17 de junio de 2004 (fls. 17 y 18).

A través de petición del 27 de octubre de 2008 la actora solicitó el reconocimiento de la sustitución de la pensión gracia de jubilación (fl. 295 archivo 256).

Por medio de Resolución UGM 005254 del 24 de agosto de 2011 se negó el reconocimiento (fl. 295 archivo 273), frente a la cual interpuso recurso de reposición el cual fue desatado por la Resolución UGM 044635 del 2 de mayo de 2012 confirmando la decisión inicial (fl. 21).

En punto de la convivencia se debe resaltar que milita a folio 295, archivo 264 informe de investigación rendida por el técnico investigador Samuel Vargas Cubides, al Gerente de Unidad de Gestión del PAP Buen Futuro, la cual tuvo como objeto:

²⁷ Fl. 295, archivo 231.

Investigar la documentación allegada especialmente las declaraciones extrajudicio presentadas solicitando la sustitución pensional por las dos peticionarias y verificar con quien convivió el causante los últimos días de vida del causante. Y cual dice la verdad.

Adelantar las labores investigativas y de verificación pertinentes para confirmar o desvirtuar la convivencia, en calidad de compañeros permanentes, entre BUITRAGO GAMEZ RAFAEL HIGINIO (Causante) y BONILLA HERNANDEZ ANA RITA, (solicitante).

El resultado de la misma arrojó la siguiente conclusión:

5. RESULTADOS Y OBSERVACIONES

- De acuerdo con el resultado obtenido en las actividades de carácter investigativo llevadas a cabo dentro del presente caso, en especial las declaraciones aportadas por las personas entrevistadas, además de las pruebas documentales a las que se tuvo acceso, se establece lo siguiente:

EXISTIÓ CONVIVENCIA, COMO COMPAÑEROS PERMANENTES, entre BUITRAGO GAMEZ RAFAEL HIGINIO (Causante) y BONILLA HERNANDEZ ANA RITA, (Solicitante), durante aproximadamente veintiún (21) años, desde el año de 1971 hasta la fecha de fallecimiento del primero, el 08-SEP-1.992.

Obra a folio 208 del expediente autorización del Director de la Clínica Santa Rosa otorgada a la señora Ana Rita Bonilla para visitar al causante Rafael Buitrago Gámez en la Unidad de Cuidados Intensivos No. 8, del 31 de agosto de 1992 al 21 de septiembre de 1992.

De los testimonios de PEDRO ALONSO ARANGUREN DÍAZ, RAFAEL HUMBERTO BRICEÑO PINZÓN y RAFAELA DEL CARMEN LEÓN BARRERA arrimados al proceso, se extrae con claridad la convivencia entre el señor Rafael Buitrago Gámez y la señora Ana Rita Bonilla Hernández desde el año de 1972 hasta la muerte del causante, desde el año 1982 hasta el fallecimiento del causante y desde el año 1978 hasta el fallecimiento del causante respectivamente. Fueron consistentes en manifestar y dar fe de la convivencia bajo el mismo techo, del fruto de su relación su hijo Rafael Enrique Buitrago Bonilla y de la convivencia y socorro mutuo, coincidentes todos en los lugares de habitación de la pareja y de su historia afectiva y amorosa, de la asistencia por parte de la accionante en la enfermedad del causante, de la dependencia económica de la actora, de haber compartido varios momentos y conocer aspectos íntimos como el de compartir la misma habitación y cama en el tiempo en el que les constó la convivencia.

Así las cosas, más allá de las contradicciones que anota la apoderada de la parte accionada, aquellas no tienen la entidad de desvirtuar su dicho frente a la

convivencia; declaraciones que no distan de lo indagado por la misma accionada a través de sus investigadores donde como se vio, concluyen la convivencia como compañeros permanentes entre el causante Rafael Buitrago Gámez y la demandante Ana Rita Bonilla Hernández, argumentos todos estos que llenan al Despacho de convicción frente a este elemento.

En suma, al analizar el caso bajo estudio a la luz de la Ley 71 de 1988 y el Decreto 1160 de 1989, es claro que la actora tiene el derecho a la sustitución pensional por haber ostentado la calidad de compañera permanente teniendo en cuenta las probanzas documentales y testimoniales, aunado al hecho del fallecimiento de la señora Sara Cuellar de Buitrago, quien en vida ostento la calidad de cónyuge, situación que la faculta a ser tenida como beneficiaria (artículo 6 Decreto 1160 de 1989).

Por otra parte, al analizar el caso de acuerdo a lo establecido en la Ley 100 de 1993²⁸, y a directrices establecidas por la Corte Constitucional, Corte Suprema de Justicia y Consejo de Estado en las sentencias expuestas, es claro que la actora, para el Despacho, la situación fáctica conduce a determinar que el causante al momento de la muerte tenía una compañera permanente y una unión conyugal vigente con separación de hecho, escenario que conduce requerir de la compañera permanente la demostración de la convivencia en los últimos cinco (5) años anteriores al fallecimiento, y de la cónyuge separada de hecho, la demostración de convivencia de cinco (5) años pero en cualquier tiempo, aspecto que para el caso de la demandante se encuentra acreditado pues de lo manifestado por los testimonios la misma se dio desde el caso más restrictivo o de lo que le consta al testigo Rafael Humberto Briceño a partir del 1982, hasta el fallecimiento del causante 09 de septiembre de 1992, acumulando más de 9 años, en el caso del testimonio de Pedro Alonso Aranguren, en lo que le consta de la convivencia, desde 1972 a la fecha de fallecimiento del causante acumulando casi 20 años, en el caso de lo que le consta a la testigo Rafaela del Carmen Pinzón, una convivencia de 1978 a la fecha de fallecimiento del causante, esto es más de 13 años y finalmente de las indagaciones administrativas de la extinta Cajanal la convivencia se dio por un periodo de 21 años, convivencia que se debe sumar a los dichos ayuda el socorro mutuo prestado por esta en los últimos días de vida del causante.

²⁸ En el entendido que el causante no se encontrara afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Así las cosas, acogiendo el principio material para la definición del beneficiario, el cual se traduce como la serie de acciones que la pareja llevó a cabo entre sí y que han sido verificadas dentro de las actuaciones procesales pertinentes, especialmente aquellas que están orientadas en demostrar muestras de afecto, cariño, apoyo, socorro y supervisión mutua, el Despacho concluye que a la señora Ana Rita Bonilla Hernández le asiste el derecho a obtener el reconocimiento de la sustitución pensional deprecada y en el presente caso en su totalidad habida consideración la muerte de la señora Sara Cuellar de Buitrago y del cumplimiento de la condición impuesta en las Resoluciones 000065 del 07 de enero de 1994 y 010176 del 27 de agosto de 1996, respecto de su hijo Rafael Enrique Buitrago Bonilla, cual era cumplir la mayoría de edad o culminación de sus estudios, hechos que se encuentran cumplidos pues a la fecha cuenta con más de 40 años de edad, habida consideración que nació el 11 de abril de 1977 (fl. 12).

Conforme lo expuesto se declarará la nulidad parcial de los actos acusados y en consecuencia se dispondrá el reconocimiento de la sustitución pensional a favor de la demandante Ana Rita Bonilla Hernández.

Prescripción

En cuanto a la prescripción, sea lo primero precisar que el derecho a solicitar el reconocimiento o reliquidación de una pensión de vejez, sobrevivientes o invalidez es imprescriptible, sin embargo, la prescripción sí opera respecto de las mesadas no reclamadas oportunamente.²⁹

Tratándose de prestaciones del sector público, por regla general, se aplica el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968 que consagra un término prescriptivo de 3 años desde que la respectiva obligación se hace exigible. La misma norma indica que el *“simple reclamo escrito del empleado o trabajador ante la autoridad competente, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero sólo por un lapso igual”*.

En el presente caso, el derecho pensional se hizo exigible a partir del 10 de septiembre de 1992, (día siguiente a la fecha de fallecimiento del señor Rafael

²⁹ Consultar entre otras, la sentencia C-895 de 2009 de la Corte Constitucional.

Buitrago Gámez – fl. 10), y la demandante Ana Rita Bonilla Hernández, solicitó el reconocimiento del derecho pensional el 04 de noviembre de 1992, luego el 21 de enero de 2003 y finalmente el 27 de octubre de 2008, a su vez, radico la demanda ante la Jurisdicción Laboral el 14 de diciembre de 2015 (fl. 44) la cual fue remitida por competencia a esta jurisdicción.

Así las cosas, teniendo en cuenta la norma en comento, si bien la actora radicó petición el 04 de noviembre de 1992, transcurrieron más de tres años hasta la fecha de la siguiente petición, esto es 21 de enero de 2003, situación por la que no se puede tener por interrumpida la prescripción conforme el Decreto 3135 de 1968, luego radicó petición el 27 de octubre de 2008, habiendo transcurrido nuevamente más de tres años entre una petición y otra, finalmente radicó la demanda el **14 de diciembre de 2015**, situaciones que tampoco encajan en la norma aplicable, luego en el caso que nos ocupa se debe concluir que las mesadas causadas con anterioridad al **14 de diciembre de 2012** se encuentran prescritas.

Bajo tal entendimiento, se ordenará el pago de las mesadas pensionales a partir del **14 de diciembre de 2012**, por efectos de la prescripción.

Las cantidades que resulten en favor de la parte beneficiada con la decisión, por mesadas adeudadas se ajustarán en su valor conforme al inciso final del artículo 187 del CPACA, dando aplicación a la siguiente fórmula:

$$R = Rh \times \frac{\text{Índice Final}}{\text{Índice Inicial}}$$

En la que el valor presente R se determina multiplicando el valor histórico (R.H.), que es lo dejado de percibir por la parte demandante por concepto de mesada pensional de sustitución, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE, vigente a la fecha de ejecutoria de esta providencia, por el índice vigente en la fecha en que se causaron las sumas adeudadas, teniendo en cuenta los aumentos o reajustes producidos o decretados durante dicho período.

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.

La entidad demandada deberá dar cumplimiento a la presente providencia dentro de los términos establecidos en los artículos 187 a 195 del CPACA. Las cantidades líquidas reconocidas devengarán los intereses previstos por el artículo 192 de la Ley 1437 de 2011.

COSTAS

De conformidad con el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, en concordancia con el numeral 8º del artículo 365 del Código General del Proceso³⁰, no hay lugar a la condena en costas, porque no se demostró su causación. Lo anterior acorde con el Artículo 2º, Parágrafo 4º del Acuerdo PSAA16-10554 del 5 de agosto de 2016 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura “Por el cual se establecen las tarifas de agencias en derecho”.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO VEINTICINCO ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ, D.C.**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

F A L L A

PRIMERO.- Declarar que en el presente caso operó el fenómeno de la prescripción de mesadas, con anterioridad al **14 de diciembre de 2012**, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la providencia.

SEGUNDO.- Declarar la nulidad la nulidad parcial de las Resoluciones No. Resoluciones No. 5254 del 24 de agosto de 2011, y UGM 044635 del 2 de mayo de 2012, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO.- Como consecuencia de la anterior declaración de nulidad y a **título de restablecimiento del derecho**, se ordena a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL reconocer y pagar la sustitución de la pensión gracia de jubilación, en su totalidad a la señora Ana Rita Bonilla Hernández, identificada con la cédula de ciudadanía N°. 23.268.851 de Tunja. El pago de las mesadas

³⁰ **“Artículo 365. Condena en costas.**

En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas: (...) 8. Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación.”

pensionales se debe hacer efectivo a partir del **14 de diciembre de 2012**, por efectos de la prescripción.

CUARTO.- Dar aplicación a lo preceptuado en el inciso 3 del artículo 192 y el inciso 4 del artículo 195 del C.P.A.C.A. Lo anterior, so pena de incurrir en las sanciones establecidas en el inciso séptimo del artículo 192 del C.P.A.C.A.

QUINTO.- Negar las demás suplicas de la demanda. Acorde con lo expuesto.

SEXTO.- Sin condena en costas a la parte vencida.

SÉPTIMO.- En firme esta sentencia, **liquídense** los gastos procesales; **devuélvase** a la parte demandante el remanente de los gastos del proceso si los hubiere, y **archívese** el expediente dejando las constancias del caso.

OCTAVO: La presente providencia se notifica a las partes, de conformidad con lo establecido en el artículo 203 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA), en concordancia con el artículo 291 del Código General del Proceso (CGP).

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

ANTONIO JOSÉ REYES MEDINA
Juez

mas

Firmado Por:

ANTONIO JOSE REYES MEDINA

JUEZ CIRCUITO

JUZGADO 025 ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO BOGOTA-CUNDINAMARCA

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

0fa1a8d3d1564390b8fb7844949ac68175e871bed5e98f2f891f496fba19839d

Documento generado en 17/01/2021 10:47:53 AM

Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>