



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

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

Expediente	11001-33-035-025-2019-00448-00
Demandante	INOCENCIA GONZÁLEZ DE FAJARDO
Demandada	NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – POLICIA NACIONAL
Medio de Control	Nulidad y Restablecimiento del Derecho

I. OBJETO.

De conformidad con lo previsto en el artículo 182 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 **INOCENCIA GONZÁLEZ DE FAJARDO**, a través de apoderado judicial, depreca la Declaratoria de **NULIDAD** de los actos administrativos Resolución 2301 del 14 de junio de 2017, Resolución 5367 del 18 de diciembre de 2017, oficio OFI19-30120 del 08 de abril de 2019, oficio OFI19 64909 del 17 de julio de 2019 y oficio OFI19 – 77055 del 22 de agosto de 2019, proferidos por la Unidad de Gestión General de Prestaciones Sociales del Ministerio de Defensa Nacional, mediante los cuales se negó el reconocimiento de la sustitución de la pensión de jubilación a la demandante en calidad de compañera permanente.

A título de **restablecimiento del derecho** solicitó ordenar el reconocimiento y pago de la pensión vitalicia de sobrevivientes a favor de la demandante por cumplir con los requisitos establecidos en los artículos 120 y 124 del Decreto 1212 de 1990, en concordancia con lo señalado en el artículo 110 y 111 del Decreto 1029 de 1994 o que en el mismo sentido es beneficiaria del 100% de la pensión de sobrevivientes

de que trata el artículo 21 parágrafo del Decreto 4433 de 2004 y de la Ley 923 de 2004 artículo 3 desde la fecha de fallecimiento del causante 10 de febrero de 2017.

Así mismo, que se realice el pago de manera indexada y se dé cumplimiento a la sentencia en los términos de los artículos 192 y 195 del CPACA, con los respectivos intereses moratorios y la condena en costas.

a. Fundamentos fácticos

1. La demandante Inocencia González de Fajardo y el señor José Arturo Fajardo Castaño, convivieron como compañeros permanentes y en vida marital de manera ininterrumpida compartiendo lecho, techo y mesa, por más de 60 años, desde el 15 de octubre de 1956 hasta la fecha de fallecimiento del señor Fajardo Castaño el día 10 de febrero de 2017.

2. Como fruto de la convivencia procrearon cuatro hijos de los cuales falleció uno, los demás son mayores de edad y no tienen dependencia económica.

3. Sostuvo que la actora siempre tuvo dependencia económica del causante y este le proveía de la pensión lo de su congrua subsistencia, aunado a que la actora siempre se dedicó a los deberes del hogar y al cuidado y crianza de sus hijos y esposo.

4. Que la actora estaba afiliada a salud a la Dirección de Sanidad Militar, conforme consta en la certificación 442650 del 19 de enero de 2018.

5 La demandante en la actualidad cuenta con 82 años de edad y dadas sus condiciones de salud no cuenta con un ingreso que le permita subsistir, por lo que vive de la caridad de sus amigos como de las ayudas que le brinda la parroquia Cristo Doliente de Soacha.

4. Mediante Resolución No. 92223 del 14 de diciembre de 1973 el Ministerio de Defensa Nacional reconoció una pensión mensual de jubilación al ex Adjunto del Ejército Nacional José Arturo Fajardo Castaño a partir del 1 de enero de 1974.

5. El 02 de mayo de 2017 solicitó el reconocimiento y pago de la sustitución pensional ante el Ministerio de Defensa Nacional, lo cual fue negado por la accionada por medio de la Resolución 2301 del 14 de junio de 2017, al considerar que no se probaba la convivencia entre la reclamante y el causante.

6.- Frente a la anterior decisión la actora interpuso el recurso de apelación el cual fue rechazado por medio de la Resolución 5367 del 18 de diciembre de 2017.

7. Nuevamente el 21 de marzo de 2019 solicitó el reconocimiento de la sustitución pensional, lo que fue negado por medio de oficio OFI19-30120 del 08 de abril de 2019, al considerar que ya existía decisión previa en Resolución 2302 del 14 de junio de 2017.

8. Por petición del 20 de junio de 2019 solicitó nuevamente el reconocimiento de la sustitución pensional, el cual fue negado por medio del oficio OFI19-64909 del 17 de julio de 2019, manifestando que no se aportaron los medios probatorios para acceder al reconocimiento, decisión frente a la cual interpuso recurso de reposición y apelación en contra de todos los actos expedidos por la accionada, el cual fue negado por medio del oficio OFI19-77055 del 22 de agosto de 2019.

b. Normas violadas y concepto de la violación

Invocó como **normas violadas** las siguientes:

Constitucionales

Artículos: 1, 2, 4, 6, 13, 15, 29, 48, 53, 83, 84, 121

Legales:

Ley 923 de 2004

Decreto 4433 de 2004

c. Concepto de violación:

Consideró que la demandante acredita los requisitos que establece la Ley 923 de 2004 como compañera permanente del causante, no obstante, la entidad sin justificación legal alguna le solicita acreditar los medios de prueba en virtud de la Ley 979 de 2005, aun cuando la actora aportó las declaraciones juramentadas que

acreditan la convivencia con el causante durante más de 60 años y la dependencia económica y sentimental que tenía con aquel.

III. TRÁMITE PROCESAL

La demanda se admitió mediante auto del 06 de febrero de 2020, 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 llevó a cabo el 16 de marzo de 2021, donde entre otras se decretaron las pruebas, las cuales se practicaron en la audiencia del 07 de abril de 2021, donde adicionalmente se corrió traslado para alegar de conclusión y se indicó el sentido del fallo el cual accedería las pretensiones.

1. Contestación de la demanda.

NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA

No contestó la demanda.

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

- Cédula de ciudadanía de la demandante (fl. 23).
- Cédula de ciudadanía del causante José Arturo Fajardo Castaño (fl. 24).
- Registro civil de defunción del causante José Arturo Fajardo Castaño (fl.25).
- Declaración extrajuicio de convivencia rendida por la demandante (fl. 26).
- Partida de bautismo de Fajardo González Carmen Cecilia (fl. 29).
- Registro civil de nacimiento de Fajardo González Wilder (fl. 30).
- Registro civil de nacimiento de Fajardo González Julio Eduardo (fl. 31).
- Registro civil de defunción de Fajardo González Jhon Jairo (fl. 32).
- Certificación suscrita por el Coordinador Grupo de Afiliación y Validación de Derechos de la Dirección de Sanidad Militar de afiliación del causante y de la demandante como beneficiaria (fl. 33).
- Carné de afiliación al sistema de salud de la Dirección de Sanidad de la actora (fl. 31).

- Certificación expedida por el párroco de la Diócesis de Soacha en la que manifiesta que la actora es una persona de escasos recursos y para arriendo en una vivienda perteneciente a la parroquia (fl. 35).
- Resolución 2301 del 14 de junio de 2017 mediante la cual se niega la sustitución de la pensión a la actora (fl.36).
- Resolución 5367 del 18 de diciembre de 2017 por la cual se rechaza el recurso de reposición interpuesto por la actora (fl. 39).
- Declaración de convivencia de la actora y el causante de Bravo Sotelo Luís Felipe, Mendoza Alarcón Rafael Alberto (fl. 42).
- Declaración de convivencia de la actora y el causante de Gongora Mancera María Herminda (fl. 45).
- Petición del 21 de marzo de 2019, mediante el cual la actora solicitó el reconocimiento de la sustitución pensional (fl. 48).
- Oficio OFI19-30120 MDNSGDAGPSAP del 8 de abril de 2019, mediante la cual se niega el reconocimiento de la sustitución pensional (fl. 51).
- Petición del 20 de junio de 2019, mediante el cual la actora solicitó el reconocimiento de la sustitución pensional (fl. 55).
- Oficio OFI 19-64909 MDNSGDAGPSAP del 17 de julio de 2019, mediante el cual se le indica que ya se había dado respuesta con Oficio OFI19-30120 (fl. 76).
- Recurso de reposición y apelación en contra de la Resolución 2301 del 14 de junio de 2017, Oficio OFI19-30120 MDNSGDAGPSAP del 8 de abril de 2019 y OFI 19-64909 MDNSGDAGPSAP del 17 de julio de 2019 (fl. 76).
- Oficio OFI 19-77055 MDNSGDAGPSAP del 22 de agosto de 2019, mediante el cual se informa que el recurso de reposición fue resuelto por la Resolución 5367 del 18 de diciembre de 2017 (fl. 81).
- Petición del 03 de octubre de 2019 mediante el cual se solicita el expediente administrativo (fl. 84).

En la etapa de pruebas se tomaron los testimonios de las siguientes personas:

TESTIMONIO de **LUÍS FELIPE BRAVO SOTELO**, identificado con la cédula de ciudadanía 3.075.976

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

PREGUNTADO: Tiene parentesco con la demandante.

CONTESTÓ: No.

PREGUNTADO: Sabe porque está aquí para declarar.

CONTESTÓ: Como conozco a la actora y al finado se dé la convivencia

PREGUNTADO: Como era la relación de ellos.

CONTESTÓ: Los conozco desde 1978, me invitaban a tomar tinto y estaban siempre juntos.

PREGUNTADO: La casa de ellos a cuanto dista de la suya.

CONTESTÓ: Ellos siempre me invitaba a tomar onces, conocí 4 hijos y uno ya fallecido hace poco.

PREGUNTADO: Sabe a qué se dedicaba el actor.

CONTESTÓ: Me decía que trabajaba con el ejército por allá en el año 1978.

PREGUNTADO: En qué cargo.

CONTESTÓ: Él me decía que era enfermero.

PREGUNTADO: Sabe hasta cuándo trabajo.

CONTESTÓ: No lo sé con claridad

PREGUNTADO: Como era que el respondía por la accionante

CONTESTÓ: Pues nos encontrábamos a pagar los servicios y me daba cuenta que él era quien respondía por la demandante.

PREGUNTADO: Que patrimonio tenían ellos.

CONTESTÓ: El causante me dijo que la casa era de la hija.

PREGUNTADO: En el año 1978 ya tenían los hijos o fue con posterioridad.

CONTESTÓ: Ya tenían la hija mayor y posteriormente tuvo los otros.

CONTESTÓ: Los hijos eran de ellos dos.

PREGUNTADO: SI de ellos.

CONTESTÓ: EL causante tenía otra relación con otra mujer.

PREGUNTADO: N siempre lo vi con ella.

CONTESTÓ: Hasta cuando vio la convivencia.

CONTESTÓ: Lo que pasa es que lo trasladaba entonces se iban y no los veía luego volvían y estaban juntos.

PREGUNTADO: Hasta cuando sabe que convivieron.

CONTESTÓ: Hasta la fecha de fallecimiento.

PREGUNTADO: Cuando falleció el.

CONTESTÓ: En el 2017.

PREGUNTADO: Sabe de qué murió.

CONTESTÓ: No sé de qué murió.

PREGUNTADO: Sabe donde murió el.

CONTESTÓ: No recuerdo.

PREGUNTADO: Cuando dejó de verlos.

CONTESTÓ: Hace siete años.

PREGUNTADO: Como sabe que vivieron hasta la muerte.

CONTESTÓ: Pues me encontré con ella y me dijo que él murió, pero con anterioridad si me consta la convivencia.

PREGUNTADO: Era amistad o vecinos lo que los unía.

CONTESTÓ: Amistad y vecino.

PREGUNTADO: Era más amigo de él o de ella.

CONTESTÓ: De los dos.

PREGUNTADO: La demandante y el causante tomaban.

CONTESTÓ: Café o café con leche.

PREGUNTADO: Tenían auto para movilizarse.

CONTESTÓ: No.

PREGUNTADO: La demandante y el causante tenían alguna enfermedad.

CONTESTÓ: No.

PREGUNTADO: Como era la contextura del causante.

CONTESTÓ: Era normal no muy alto no bajito.

PREGUNTADO: Tenia cabello, calvo como era.

CONTESTÓ: Cabello mono luego negro, sin barba se arreglaba muy bien.

A los interrogantes del apoderado de la parte actora indicó:

PREGUNTADO: Que labor hacia la demandante.

CONTESTÓ: Con él, luego de que enviudó pide limosna en un semáforo, luego ella me dijo que le daban la alimentación en un comedor comunitario.

PREGUNTADO: Sabe si la demandante es pensionada.

CONTESTÓ: No, solo sé que le dan un bono para la alimentación.

PREGUNTADO: En el tiempo que conoció a la actora y el causante sabe si se separaron.

CONTESTÓ: Que me conste no, siempre los vi juntos.

PREGUNTADO: Antes de fallecimiento del causante como hacía para asistir a la salud.

CONTESTÓ: Ella asistía al seguro que él tenía en la entidad que trabajaba, Ejército.

PREGUNTADO: Como hace ahora para asistir al médico

CONTESTÓ: Lo de la salud no sé cómo será

TESTIMONIO de **RAFAEL ALBERTO MENDOZA ALARCÓN**, identificado con la cédula de ciudadanía 91.214.618

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

PREGUNTADO: Sabe porque está declarando.

CONTESTÓ: Si por el proceso de sustitución de la demandante.

PREGUNTADO: Porque los conoce, desde cuando los conoce.

CONTESTÓ: Dese hace más de 40 años en la localidad de Kennedy en Roma.

PREGUNTADO: Cual era la relación que tenía la demandante y la actora.

CONTESTÓ: Como esposos, vivían juntos, él trabajaba en el Ejército.

PREGUNTADO: EL tenía otra mujer.

CONTESTÓ: No, siempre ellos dos.

PREGUNTADO: Cuanto tiempo le consta esa convivencia.

CONTESTÓ: Desde 1978.

PREGUNTADO: Cuando murió.

CONTESTÓ: En 2017.

PREGUNTADO: Fue al entierro.

CONTESTÓ: Si, en Jardines del Recuerdo.

PREGUNTADO: Quien pago los gastos de entierro.

CONTESTÓ: Una nieta.

PREGUNTADO: Sabe de qué falleció

CONTESTÓ: De un ataque cardiaco murió el 10 de febrero de 2017, tenía 91 años y la actora 80 años.

PREGUNTADO: Sabe qué hacía en el Ejército.

CONTESTÓ: Era enfermero.

PREGUNTADO: Sabia que hacia la actora.

CONTESTÓ: Se dedicó al hogar.

PREGUNTADO: Luego de la muerte que hace la actora.

CONTESTÓ: Quedó desamparada, tiene un bono de la Alcaldía.

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

PREGUNTADO: Como hace la actora para atender los gastos básicos.

CONTESTÓ: Ella tiene un bono y con eso paga la pieza y el mercado.

PREGUNTADO: Sabe si la actora tiene bienes o herencia.

CONTESTÓ: No tiene nada, demando a los hijos y le ayudan con 50 mil pesos mensuales.

PREGUNTADO: Como hace para la salud la actora.

CONTESTÓ: La hija mayor la afilio a salud, al Sisben.

PREGUNTADO: Cuando estaba el causante como accedía a la salud.

CONTESTÓ: Al seguro del Ejército.

PREGUNTADO: Sabe si la actora y el causante se separaron.

CONTESTÓ: No, siempre estuvieron juntos.

4. Alegatos de conclusión - parte demandante.

Presentó sus alegatos de conclusión en forma oral en la audiencia de pruebas donde entre otras cosas solicitó acceder a las pretensiones teniendo en cuenta que está probado el vínculo y relación de compañeros permanentes entre el causante y la actora la cual se encuentra sustentada con los testimonios y donde se desliga que no solo convivieron sino que tuvieron 4 hijos. También la dependencia de la actora ya que nunca ha trabajado.

Solicita acceder a las pretensiones pues se le está vulnerando derechos fundamentales a la actora lo que se demuestra con el estado de desamparo en el que vive la actora.

Que la demandante acredita la condición de compañera permanente lo cual es suficiente para acceder a las pretensiones.

5. Alegatos de conclusión- parte demandada.

No compareció a ninguna de las audiencias y no presento alegatos de conclusión.

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 INOCENCIA GONZÁLEZ DE FAJARDO, en calidad de compañera permanente del fallecido José Arturo Fajardo Castaño, tiene o no derecho a que se le sustituya la pensión de jubilación a partir del fallecimiento de este último, en consecuencia a pagar el retroactivo a que haya lugar.

2. Régimen legal y jurisprudencial aplicable.

Conforme al artículo 48 de la Constitución Política, la seguridad social es un servicio público obligatorio que se presta bajo la dirección, coordinación y control del

Estado, con observancia de los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que determine la ley.

A través de la Ley 100 de 1993 el legislador organizó el sistema de seguridad social integral (régimen general), en lo relacionado con el régimen de pensiones, cuyo objetivo fue garantizar a la población el amparo contra las eventualidades derivadas de la vejez, la invalidez y la muerte, mediante el reconocimiento de las pensiones y prestaciones que se determinan en la citada ley.

Antes de este régimen existían otros de índole general y especial, que en virtud de las reglas de transición y de excepción contempladas en la misma Ley 100 (artículos 36 y 279), continuaron regulando situaciones especiales y específicas.

Una ellas se concreta en el presente caso, esto es el régimen especial destinado a cubrir esas contingencias para los miembros activos y retirados del Ejército Nacional.

Ahora bien, con la finalidad de atender la contingencia derivada de la muerte, el legislador previó la denominada pensión de sobrevivientes y la sustitución pensional o de la asignación de retiro, como una prestación dirigida a suplir la ausencia repentina del apoyo económico que brindaba el afiliado o pensionado al grupo familiar, y por ende evitar que su deceso se traduzca en un cambio sustancial de las condiciones mínimas de subsistencia de las personas beneficiarias de dicha prestación. Es decir, que su reconocimiento se fundamenta en normas de carácter público y constituye un desarrollo del principio de solidaridad. Al respecto, la Corte Constitucional en sentencia C-1094 de 2003, manifestó:

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

De acuerdo con lo anterior, se precisa que lo debatido en el presente caso es el derecho a la sustitución de la pensión de jubilación con ocasión del fallecimiento del Señor ex Adjunto Cuarto, José Arturo Fajardo Castaño, ocurrido el 10 de mayo de 2017.

El régimen de seguridad social aplicable al caso en concreto, es el contenido en el Decreto 1214 de 1990, por cuanto:

- El artículo 279 de la Ley 100 de 1993 contempló la inaplicabilidad del Sistema Integral de Seguridad Social allí previsto respecto de los miembros de la Fuerza Pública y de la Policía Nacional.
- El Ministerio de Defensa – Policía Nacional, le reconoció pensión de jubilación al señor ex Adjunto Cuarto, José Arturo Fajardo Castaño, a partir del 01 de enero de 1974.
- La fecha de causación del derecho que aquí se discute- sustitución pensional- es el 10 de mayo de 2017, día en que falleció el señor Adjunto ex Adjunto Cuarto, José Arturo Fajardo Castaño.

Frente al régimen aplicable, el Consejo de Estado en sentencia del quince (15) de abril de dos mil quince (2015), dentro del proceso con radicado 73001-23-31-000-2011-00161-01(4488-13), indicó:

“La normatividad que rige el presente asunto es el Decreto Ley 1214 de 1990 el cual en virtud de lo dispuesto por el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, hace parte del denominado régimen de excepción, según el cual, el Sistema Integral de Seguridad Social contenido en esta Ley 100, no se aplica al personal civil del Ministerio de Defensa y la Policía Nacional.”

En punto del reconocimiento de la sustitución pensional el artículo 124 del citado decreto dispuso:

ARTÍCULO 124. RECONOCIMIENTO Y SUSTITUCION DE PENSION. Al fallecimiento de un empleado público del Ministerio de Defensa o de la Policía Nacional, con derecho a pensión o en goce de ésta, sus beneficiarios, en el orden y proporción establecidos en este Estatuto, tienen derecho a percibir la respectiva pensión del causante, así:

- a. En forma vitalicia, para el cónyuge sobreviviente y los hijos inválidos absolutos que dependan económicamente del empleado o pensionado.
- b. Para los hijos menores, hasta cuando cumplan la mayoría de edad.
- c. <Literal INEXEQUIBLE>

PARAGRAFO 1o. El reconocimiento de pensión por causa de muerte de un empleado público al servicio del Ministerio de Defensa o de la Policía Nacional, que haya consolidado ese derecho, se hará sin perjuicio del reconocimiento de las demás prestaciones sociales consolidadas por el causante.

PARAGRAFO 2o. Al cónyuge supérstite de un pensionado del Ministerio de Defensa o de la Policía Nacional y a sus hijos menores o inválidos absolutos que hayan tenido el derecho causado o hayan disfrutado de la sustitución pensional prevista en la Ley 171 de

1961 y los Decretos 351 de 1964 y 2339 de 1971, se les restablecerá a partir del 1o. de enero de 1976 el derecho a continuar percibiendo la pensión del causante en la forma consagrada en este artículo.

Como se aprecia, la compañera permanente del pensionado fallecido no se encuentra como beneficiaria, no obstante, se debe entender incluida en observancia de los artículos 13 y 48 de la Constitución Política, así lo ha indicado el Consejo de Estado¹:

“De la anterior disposición se deriva, que dentro del orden de beneficiarios de dicha prestación, la compañera permanente del pensionado fallecido no se encuentra señalada; sin embargo, ha de entenderse que está contemplada en la citada normatividad, por mandato del artículo 13² y 42 de la Constitución Política.”

(...)

La aplicación e interpretación de la mencionada normatividad debe hacerse atendiendo lo previsto en la Constitución Política de 1991, a partir de la cual tomó especial importancia bajo un marco de igualdad jurídica y social, la familia constituida por vínculos naturales, que para su protección, es irrelevante su origen o fuente de conformación bien sea matrimonio o unión de hecho, como lo ha sostenido la Corte Constitucional³.

En cuanto a la extinción de este derecho el artículo 125 estableció:

ARTÍCULO 125. EXTINCION DE PENSION. <Aparte tachado INEXEQUIBLE> Las pensiones que se otorguen por fallecimiento de un empleado público del Ministerio de Defensa o de la Policía Nacional en servicio activo o en goce de pensión, se extinguirán ~~para el cónyuge si contrae nupcias o hace vida marital~~, o cuando por su culpa no viviere unido al empleado o pensionado en el momento de su fallecimiento; y para los hijos, por muerte, matrimonio*, independencia económica o por haber llegado a la edad de veintiún (21) años, salvo los inválidos absolutos que dependan económicamente del empleado o pensionado y los estudiantes hasta la edad de veinticuatro (24) años. La extinción se irá decretando a partir de la fecha del hecho que la motiva y por la porción correspondiente.

La porción del cónyuge acrecerá a la de los hijos y la de éstos entre sí y a la del cónyuge, en los demás casos no habrá derecho a acrecimiento.

¹ Sentencia del quince (15) de abril de dos mil quince (2015), dentro del proceso con radicado 73001-23-31-000-2011-00161-01(4488-13)

² “(...) Artículo 13. Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.

El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados.

El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan.

(...). (Lo subrayado es de la Sala).

³ C-595 de 1996, T-660 de 1998, entre otras.

Conforme lo expuesto, hasta este punto es claro que conforme al régimen aplicable en el *sub judice* tanto la cónyuge, como la compañera permanente pueden ser beneficiarias de la sustitución pensional del causante.

Ahora bien, con la finalidad de atender la contingencia derivada de la muerte, el legislador previó la denominada pensión de sobrevivientes y la sustitución pensional, como una prestación dirigida a suplir la ausencia repentina del apoyo económico que brindaba el afiliado o pensionado al grupo familiar, y por ende evitar que su deceso se traduzca en un cambio sustancial de las condiciones mínimas de subsistencia de las personas beneficiarias de dicha prestación. Es decir, que su reconocimiento se fundamenta en normas de carácter público y constituye un desarrollo del principio de solidaridad. Al respecto, la Corte Constitucional en sentencia C-1094 de 2003, manifestó:

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

De otro lado, sobre la aplicación normativa en casos de sustitución pensional de miembros de la fuerza pública la Corte Constitucional⁴ ha sostenido que como la sustitución de la asignación de retiro o en este caso pensión de beneficiarios es asimilable a la sustitución pensional prevista en el sistema general de pensiones, **las consideraciones generales** le son aplicables a la asignación de retiro, al respecto indicó:

En todo caso, la Corte ha precisado que, debido a que la sustitución de la asignación de retiro es asimilable a **la sustitución pensional prevista en el Sistema General de Pensiones, las consideraciones generales son aplicables a la asignación de retiro.**⁵ Así, la Corte ha resaltado que cabe la posibilidad de entrar a analizar si las normas de una prestación específica en el régimen especial pueden vulnerar el derecho a la igualdad, lo cual procede cuando la diferenciación que dispone la ley se puede considerar como arbitraria

⁴ Sentencia 683 de 2017.

⁵ Sentencias T-578 de 2012. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto, fundamento jurídico N° ii; y T-164 de 2016. M.P. Alejandro Linares Cantillo, fundamento jurídico N° 55.

y es clara la desmejora que sin justificación aparente se le brinda a los beneficiarios del régimen especial.⁶

Sea oportuno manifestar que el Despacho, no obstante no encontrar diferenciación alguna en el régimen especial aplicable al caso en estudio que obligue la aplicación del régimen general, considera necesario traer a colación las consideraciones sobre el requisito convivencia a efectos de determinar los pormenores y su aplicación, haciendo hincapié en el plano de equidad que existe entre la relación conyugal y la unión libre.

En esa línea, 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”*⁷, 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”*⁸.

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 formal⁹; 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.¹⁰

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 permanente¹¹.

⁶ Sentencias T-167 de 2011. M.P. Juan Carlos Henao Pérez, fundamento jurídico N° 4.4; y T-073 de 2015. M.P. Mauricio González Cuervo, fundamento jurídico N° 3.6.

⁷ Ver la Sentencia C-081 de 1999, M.P. Dr. Fabio Morón Díaz.

⁸ Ídem.

⁹ Sentencia T-1103 de 2000, Magistrado Ponente: Dr. José Gregorio Hernández Galindo.

¹⁰ Sentencia T- 553 de 1994, Magistrado Ponente: Dr. Álvaro Tafur Galvis

¹¹ Sentencia C-477 de 1999, Magistrado Ponente: Dr. Carlos Gaviria Díaz.

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 muerte¹².

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 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 aquél¹³. 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 (…)”**¹⁴ (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”.

¹² 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)

¹³ 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).

¹⁴ Sentencia C-002 de 1999 (MP. Antonio Barrera Carbonell).

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 matrimonial¹⁵, con lo cual queda aclarado el interés legítimo que le asiste al compañero (a) permanente en materia pensional.

De otro lado, 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 aras de efectuar una interpretación favorable, 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.”

¹⁵ Sentencia T-566 de 1998, Magistrado Ponente: Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.

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 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.¹⁶

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**

¹⁶ 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.

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 convivió con el causante durante al menos cinco años en cualquier tiempo.**¹⁷ (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 tiempo¹⁸.

Por su parte el Consejo de Estado en sentencia del cuatro (4) de octubre de dos mil dieciocho (2018), radicación número: 17001-23-33-000-2014-00271-01(0450-16), indicó:

“La sustitución pensional y la pensión de sobrevivientes han sido definidas por esta Corporación, como dos modalidades del derecho a la pensión que es una expresión del derecho a la seguridad social consagrado en el artículo 48 de la Constitución Política, y como una prestación que se genera en favor de aquellas personas que dependían económicamente de otra que fallece, con el fin de impedir que deban soportar las cargas materiales y espirituales causadas por esta pérdida. En este sentido, los principios de justicia retributiva y de equidad, son los que justifican que las personas que hacían parte del núcleo familiar del trabajador, tengan derecho a acceder a la prestación pensional del fallecido para mitigar el

¹⁷ 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.

¹⁸ 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).”

riesgo de viudez y de orfandad, gozando *post-mortem* del status laboral del trabajador fallecido. En tal sentido, sobre la naturaleza y los requisitos de acceso a la sustitución pensional, ha reiterado con énfasis¹⁹:

(...)

Ahora bien; dicha convivencia debe ser efectiva y real, además de permanente y habitual, **por lo menos dentro de los 5 años anteriores a la muerte del pensionado, en forma tal que el apoyo mutuo, la comunidad de lecho y techo, el trato comprensivo y, según el caso, la procreación, constituyan evidencia suficiente de la comunidad de vida entre los miembros de la unión así conformada.** Este aspecto ha sido igualmente tratado por la jurisprudencia, como se aprecia a continuación:

(...)

Por otra parte, esta Corporación, en sentencia del 10 de octubre del 2013²⁰, respecto de la sustitución pensional, estableció como referente lo siguiente:

“La jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana ha establecido la siguiente línea en relación con el derecho a la sustitución pensional²¹:

- El derecho a la sustitución pensional goza de una naturaleza fundamental, en la medida en que configura un medio de garantía de otros derechos con claro reconocimiento constitucional, pues está contenido dentro de valores tutelables como el derecho a la vida, a la seguridad social, a la salud y al trabajo²².

- La sustitución pensional tiene como finalidad evitar que las personas allegadas al trabajador y beneficiarias del producto de su actividad laboral queden en el desamparo o la desprotección por el simple hecho de su fallecimiento²³. Se trata de un mecanismo de protección de los familiares del pensionado ante el posible desamparo en que pueden quedar por razón de su muerte, pues al ser beneficiarios de su mesada pensional, dependen económicamente de la misma para su subsistencia.

- El bien jurídico tutelable en el derecho prestacional a una sustitución pensional lo constituye la familia, como núcleo e institución básica de la sociedad (artículos 5º y 42 superiores), que sin importar la forma de su configuración, debe ser amparada íntegramente y sin discriminación alguna. **El vínculo constitutivo de la familia – matrimonio o unión marital de hecho – es indiferente para efectos del reconocimiento de este derecho²⁴.**

- 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 formal²⁵. Así, los derechos a la seguridad social, dentro de los cuales está la pensión de**

¹⁹ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A. Sentencia de 12 de julio de 2018. Radicación: 52001-23-33-000-2013-00193-01 (1395-15).

²⁰ Consejo de Estado. Sección Segunda, Subsección A. sentencia del 10 de octubre del 2013. Radicación 25000-23-25-000-1997-03631-01(1199-12).

²¹ Los argumentos que a continuación se resumen fueron tomados íntegramente de la sentencia T-1103 de 23 de agosto de 2000, M.P. Álvaro Tafur Galvis.

²² Sentencia T-173 de 1994.

²³ Sentencia T-190 de 1993.

²⁴ *Ibidem*.

²⁵ Sentencia T-553 de 1994.

sobrevivientes, comprenden a cónyuges y compañeros permanentes de la misma manera.

- Cuando se presentan conflictos entre los potenciales titulares del derecho a la pensión de sobrevivientes, **se ha establecido legalmente que el factor determinante para dirimir la controversia está dado por el compromiso de apoyo afectivo y de comprensión mutua existente entre la pareja al momento de la muerte del trabajador pensionado.**

- La ley acoge un criterio material - convivencia efectiva al momento de la muerte - y no simplemente formal - vínculo matrimonial - en la determinación de la persona legitimada para gozar de la prestación económica producto del trabajo del fallecido²⁶. **En consecuencia, el reconocimiento del derecho a la sustitución pensional está sujeto a una comprobación material de la situación afectiva y de convivencia en que vivía el trabajador pensionado fallecido, al momento de su muerte, con respecto de su cónyuge o de su compañera permanente, para efectos de definir acerca de la titularidad de ese derecho. (Subraya y negrilla del texto)."**

Ilustrados los diferentes escenarios y el factor convivencia tanto en el régimen especial aplicable como en el general y el rol que juega la compañera permanente, es dable concluir que los dos confluyen en la exigencia para la para esta última de la convivencia con el causante los últimos cinco años anteriores a su descenso, sin que se vislumbre desde el punto de vista normativo y jurisprudencial que sobre ella pese la carga de adelantar el proceso de declaración de unión marital de hecho en los términos de la Ley 979 de 2005.

De la protección del adulto mayor

El artículo 13 de la Constitución Política de Colombia estableció:

ARTICULO 13. Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.

El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados.

El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan. (Negrillas fuera de texto)

Por su parte el artículo 46 estableció:

²⁶ Sentencia T-566 de 1998.

ARTICULO 46. El Estado, la sociedad y la familia concurrirán para la protección y la asistencia de las personas de la tercera edad y promoverán su integración a la vida activa y comunitaria.

El Estado les garantizará los servicios de la seguridad social integral y el subsidio alimentario en caso de indigencia.

Por su parte la Corte Constitucional en la sentencia C- 503 de 2014, respecto de la protección a las personas de la tercera edad manifestó:

Esta Corporación ha resaltado que el Constituyente de 1991 erigió el principio de solidaridad como elemento esencial del Estado Social de Derecho, tal como se expresa en el artículo 1 de la Carta. En este sentido, la Corte ha definido el principio de solidaridad como: *“un deber, impuesto a toda persona por el solo hecho de su pertenencia al conglomerado social, consistente en la vinculación del propio esfuerzo y actividad en beneficio o apoyo de otros asociados o en interés colectivo”*. La dimensión de la solidaridad como deber, impone a los miembros de la sociedad la obligación de coadyuvar con sus congéneres para hacer efectivos los derechos de éstos, máxime cuando se trata de personas en situación de debilidad manifiesta, en razón a su condición económica, física o mental²⁷.

Igualmente, la jurisprudencia constitucional ha manifestado que este principio de solidaridad se concreta en una serie de obligaciones exigidas a los distintos componentes de la sociedad, orientadas hacia la consecución de los fines esenciales de la organización política consagrados en el artículo 2 constitucional. Además, ha establecido que *“este principio se traduce en la exigencia dirigida especialmente al Estado, de intervenir a favor de los más desaventajados de la sociedad cuando éstos no pueden ayudarse por sí mismos. Tal es el caso de las personas que se encuentran en situación de indigencia.”*²⁸

Así, el principio de solidaridad *“impone una serie de “deberes fundamentales” al poder público y a la sociedad para la satisfacción plena de los derechos”*²⁹. Por lo tanto, este principio se manifiesta como deber del Estado Social de Derecho a través de estos *“deberes fundamentales”* que en ciertos escenarios se refuerzan, cuando se trata de asegurar a sujetos en condiciones desfavorables, la protección de todas las facetas de sus garantías fundamentales.³⁰ La Carta proyecta este deber de solidaridad, de manera específica, a partir de los mandatos constitucionales que establecen una obligación de especial protección para personas y grupos humanos en situación de vulnerabilidad y debilidad manifiesta, como las mujeres cabeza de familia (art. 43 CP), los menores de edad (arts. 44 y 45), las personas enfermas y discapacitadas (art. 47) y los ancianos (art. 46), entre otros.³¹

En tal sentido, la Corte ha establecido en forma reiterada que las personas de la tercera edad se encuentran amparadas por dicha protección especial constitucional, prevista, por una parte, por el artículo 13 de la Carta que en su inciso tercero ordena la protección que deben recibir los grupos que se encuentren en condiciones de debilidad manifiesta.³² Así mismo, otro aspecto central en esta tutela jurídica se consagra en el artículo 46 superior, que

²⁷ Sentencia T-413 de 2013. M.P. Nilson Pinilla Pinilla

²⁸ Sentencia T-225 de 2005. M.P. Clara Inés Vargas Hernández

²⁹ Sentencia T-413 de 2013. M.P. Nilson Pinilla Pinilla

³⁰ Sentencia T-413 de 2013. M.P. Nilson Pinilla Pinilla

³¹ Sentencia T-658 de 2013. M.P. María Victoria Calle Correa

³² Sentencia T-413 de 2013. M.P. Nilson Pinilla Pinilla

menciona específicamente a las personas de la tercera edad y en su inciso segundo les garantiza los servicios de la seguridad social integral y el subsidio alimentario en caso de indigencia.

Sobre este último grupo poblacional, esta Corporación ha enfatizado en los adultos mayores en estado de extrema pobreza o indigencia, quienes requieren de una protección especial justificada en varias circunstancias:

*“Entre quienes se encuentran en situación de extrema pobreza, merecen especial atención los ancianos indigentes, adultos mayores que se encuentran en estas circunstancias: i) no tienen ingresos o que los perciben en cuantía inferior al salario mínimo mensual; ii) su cobertura de seguridad social es limitada o inequitativa o no la tiene; y iii) debido a sus altos índices de desnutrición sus condiciones de vida se ven agudizadas, siendo muy vulnerables pues sus capacidades están disminuidas y no tienen muchas oportunidades de mejorar su condición”.*³³

Concretamente en el caso de las personas de la tercera edad en situación de indigencia o extrema pobreza, la jurisprudencia ha reconocido el alcance de su especial protección en los siguientes términos:

“Dentro de los grupos poblacionales que la Corte ha reconocido como sujetos de especial protección constitucional en razón a su condición de debilidad manifiesta, se encuentran las personas inmersas en situación de pobreza extrema. Sobre este sector, ha reconocido que de la naturaleza del Estado colombiano emana el deber de atención a las personas carentes de recursos económicos necesarios para una congrua subsistencia, que no tienen capacidad para laborar por motivos de edad o salud.

*Especial énfasis se ha hecho en la protección especial de quienes además de no contar con ingresos suficientes se encuentran en una edad avanzada. En ese sentido, se ha señalado que “cuando además de las condiciones de pobreza las capacidades físicas o psíquicas que permiten la autodeterminación de la persona en estado de [pobreza] se han visto disminuidas, surge un deber de atención a ésta por parte del Estado de dirigir su conducta al apoyo de este miembro de la sociedad.”*³⁴

De este modo, es posible afirmar que la Constitución establece un régimen de protección para este grupo poblacional fundamentado en el principio de solidaridad, orientado al logro de los fines esenciales de la organización política (artículos 1 y 2 C.N.), el derecho fundamental a la igualdad que se traduce en la protección de personas en condición de debilidad manifiesta (artículo 13 C.N.) y la tutela jurídica específica frente a los adultos mayores que cobija a los ancianos en estado de indigencia por mandato expreso de la norma (artículo 46 C.N.)³⁵.

En sede de tutela, en punto del sostenimiento de este grupo poblacional, sostuvo:

“La Corte ha valorado la edad como factor de vulneración para establecer la procedencia de la acción de tutela en materia pensional, por cuanto ha estimado que los adultos mayores se encuentran en una posición de

³³ Sentencia C-1036 de 2003. M.P. Clara Inés Vargas Hernández

³⁴ Sentencia T-207 de 2013. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio

³⁵ Constitución Política, artículo 46. “El Estado, la sociedad y la familia concurrirán para la protección y la asistencia de las personas de la tercera edad y promoverán su integración a la vida activa y comunitaria. El Estado les garantizará los servicios de la seguridad social integral y el subsidio alimentario en caso de indigencia”.

debilidad e indefensión, en tanto se encuentran limitadas para obtener ingresos económicos que les permitan disfrutar de una vida digna. Asimismo, tal estado de vida se ve acrecentado por otros factores que esta Corte ha resaltado:

“Empero, es claro que esa protección deriva del deterioro natural de las funciones básicas del ser humano, que sobrevienen con el paso de los años, y que se hacen notorias en unas personas, más que en otras. Ello, trae como consecuencia inexorable que, conforme avance el tiempo, será cada vez más difícil para ellas acceder al mercado laboral, o desarrollar alguna actividad de la cual puedan derivar su sustento. Por eso, la especial protección del Estado hacia esa población no debe abordarse tomando como factor exclusivo la edad a partir de la cual, constitucionalmente, se habla de adulto mayor, sino que debe hacerse a partir del análisis holístico del conjunto de elementos que definen su contexto real, pues, “la omisión de proporcionar especial amparo a las personas colocadas en situación de indefensión bien sea por razones económicas, físicas o mentales puede incluso equipararse a una medida discriminatoria”^{36,37}.

Así las cosas, es indispensable otorgar a los adultos mayores un trato preferente para evitar la posible vulneración de sus derechos fundamentales. Acorde con lo expuesto por este Tribunal, cuando estas personas sobrepasan el índice de promedio de vida de los colombianos y no tienen otro medio distinto eficaz, es la acción de tutela la idónea para obtener la efectividad de sus derechos, como se explicó en el acápite anterior.

Lo anterior, en razón a que no se puede desconocer los constantes inconvenientes que tienen que afrontar las personas de edad avanzada cuyas condiciones físicas: (i) les impiden trabajar, (ii) les ocasiona restricciones originadas en las prohibiciones legales que hacen obligatorio el retiro forzoso de su trabajo al arribar a cierta edad, y en consecuencia, (iii) los inhabilita para poder proveerse sus propios gastos.”

De otro lado, Colombia aprobó mediante la Ley 2055 de 2020, la Convención Interamericana sobre la protección de los derechos humanos de las personas mayores, adoptada en Washington el 15 de junio de 2015; en su artículo 4 literal c) señaló: los Estados parte...c) Adoptarán y fortalecerán todas las medidas legislativas, administrativas, judiciales, presupuestarias y de cualquier otra índole, incluido un adecuado acceso a la justicia a fin garantizar a la **persona mayor un trato diferenciado y preferencial en todos los ámbitos**...el artículo 7 a su vez determinó: ...b) Que la persona mayor tenga la oportunidad de elegir su lugar de residencia **y dónde y con quién vivir**, en igualdad de condiciones con las demás, y no se vea obligada a vivir con arreglo a un sistema de vida específico...de otro lado, el artículo 17 determina que el adulto mayor tiene derecho a la seguridad social para proteger su vida digna, con énfasis en mecanismos flexibles (Colombia desde hace tiempo expulsó la teoría de la tarifa probatoria y implementó, la libertad de aquella, tema que, es ratificado en esta

³⁶ Sentencia T-378 de 1997.

³⁷ Sentencia T-799 de 2013.

convención, cuando el artículo 17 señala, mecanismos flexibles para acceder a la seguridad social) que permitan el libre acceso de esta clase de personas protegidas de forma reforzada a la seguridad social, sin que existan trabas de índole burocrático.

En ese orden, se debe concluir que las personas de la tercera edad se encuentran en una posición de debilidad e indefensión, en tanto se encuentran limitadas para obtener ingresos económicos que les permitan disfrutar de una vida digna, situación que obliga al Estado a efectuar un trato diferenciado y preferente si se quiere a efectos de garantizar las condiciones de subsistencia y evitar con ello la vulneración de sus derechos fundamentales.

3. Caso concreto

En el presente caso, conforme al caudal probatorio allegado al expediente se encuentra probado por voces de la Resolución 2301 del 14 de junio de 2017 que la accionada mediante Resolución 9223 del 14 de diciembre de 1973 reconoció una pensión de jubilación al ex-adjunto cuarto del Ejército Nacional José Arturo Fajardo Castaño (fl. 36).

El señor José Arturo Fajardo Castaño falleció el 10 de febrero de 2017, conforme al registro civil de defunción (fl- 25).

Mediante petición del 02 de mayo de 2017 la actora solicitó el reconocimiento de la sustitución pensional, la cual fue negada por Resolución 2301 del 14 de junio de 2017, a considerar que no se aportó lo medios probatorios de que trata la Ley 979 de 2005 (fl.36).

Frente a la anterior decisión la actora interpuso recurso de reposición el cual fue rechazado por extemporáneo por medio de la Resolución 5367 del 18 de diciembre de 2017 (fl.39).

A través de petición del 21 de marzo de 2019 la actora solicitó de nuevo el reconocimiento de la sustitución pensional (fl. 48), lo cual fue negado por medio del oficio OFI19-30120 del 8 de abril de 2019 (fl. 51).

Por medio de petición del 20 de agosto de 2019, nuevamente solicitó el reconocimiento (fl. 55), lo cual fue negado por medio del oficio OFI19-64909 del 17 de julio de 2019 (fl. 76). En contra de la anterior decisión se interpuso el recurso de reposición y en subsidio apelación, los cuales fueron contestados por medio del oficio OFI19-77055 del 22 de agosto de 2019 (fl. 81).

Pues bien, para la solución del caso en estudio se hace imperativo determinar el aspecto de la convivencia, para ello del caudal probatorio se puede establecer que:

Obran declaraciones extrajuicio de la demandante INOCENCIA GONZÁLEZ DE FAJARDO, RAFAEL ALBERTO MENDOZA ALARCÓN y LUÍS FELIE BRAVO SOTELO las cuales al unísono se refieren prolijamente al aspecto de dependencia económica de la actora con el causante, determinan espacios temporales de convivencia y de apoyo y socorro mutua (fl. 26, 42-46).

Militan los registros civiles de nacimiento de los hijos del causante con la demandante, así, Wilder Fajardo González, Julio Eduardo Fajardo González y Carmen Cecilia Fajardo González (fl.29-31).

A folio 31 del expediente físico obra copia del carné de servicios médicos de la demandante como beneficiaria del causante.

A folio 35 obra certificación expedida por el Párroco de la Diócesis de Sacha Parroquia Cristo Doliente donde certifica que la demandante reside en una vivienda que corresponde a la Parroquia, que es una persona pobre y paga arriendo.

De otro lado, de los testimonios escuchados en la audiencia de pruebas surge para el Despacho claridad frente a la convivencia del causante con la actora pues para el señor **LUÍS FELIPE BRAVO SOTELO**, como para **RAFAEL ALBERTO MENDOZA ALARCÓN** la convivencia se dio desde 1978, así mismo de su relato es claro que la señora Inocencia González de Fajardo dependía económica mente del causante, que la convivencia fue ininterrumpida, que compartían el mismo techo y que de su unión nacieron 4 hijos, son consistentes en relatar el apoyo y socorro mutuo y coinciden en detallar el estado actual de abandono y carencia absoluta de recursos de la demandante.

Así las cosas, para este Despacho conforme las pruebas obrantes en el plenario, dentro de las cuales cobran relevancia especial las declaraciones tomadas en audiencia, se encuentra demostrado el factor convivencia entre INOCENCIA GONZÁLEZ DE FAJARDO y el causante JOSÉ ARTURO FAJARDO CASTAÑO, dentro de los cinco (5) años anteriores a su muerte, requisito preponderante acorde con la jurisprudencia expuesta *in extenso* con antelación carga probatoria de la compañera permanente que procura el reconocimiento de la sustitución pensional y que se reduce a demostrar la convivencia ininterrumpida con el causante los cinco (5) años anteriores a la muerte de aquel, sin que sea un imperativo para la beneficiaria adelantar y allegar a la entidad la declaración de la unión marital de hecho de que trata la Ley 979 de 2005, aspecto temporal que en el presente caso se encuentra plenamente demostrado.

Echa de menos este fallador la defensa del Ministerio de Defensa a lo largo del proceso y también encuentra irracional la negativa en sede administrativa a reconocer el derecho a la sustitución pensional de la actora al deprecar de la actora una prueba que excede las exigencias normativas aplicables al caso concreto, negativa que raya ostensiblemente con los derechos fundamentales de la demandante quien a la fecha de fallecimiento del causante contaba con 81 años de edad, erigiéndose en persona de la tercera edad a quien se le debió dar un trato diferencial debido a su posición de debilidad e indefensión y sus limitaciones para forjarse su congrua subsistencia, aspectos que exigían de la autoridad administrativa de un trato preferente.

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 INOCENCIA GONZÁLEZ DE FAJARDO le asiste el derecho a obtener el reconocimiento de la sustitución pensional deprecada, en el porcentaje del 100% y habida consideración la avanzada edad de la reclamante y su situación económica, se ordenará que el pago de la mesada se efectúe de manera inmediata así como la afiliación a los servicios de salud.

Conforme lo expuesto, se declarará la nulidad de los actos acusados, en tanto negaron el reconocimiento y pago de la pensión de beneficiarios.

Prescripción

En cuanto a la prescripción, sea lo primero precisar que el derecho a solicitar el reconocimiento o reliquidación de una pensión de vejez, beneficiarios, sobrevivientes o invalidez es imprescriptible, sin embargo, la prescripción sí opera respecto de las mesadas no reclamadas oportunamente.³⁸

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 11 de febrero de 2017, (día siguiente a la fecha de fallecimiento del señor JOSÉ ARTURO FAJARDO CASTAÑO – (fl. 32), y como la primera solicitud de reconocimiento la enervó a actora el 02 de mayo de 2017 (fl. 36) y la demanda fue radicada el 09 de octubre de 2019. Se debe indicar que no transcurrieron más de tres años entre la fecha de fallecimiento y la solicitud de reconocimiento, situación por la que se puede tener por interrumpida la prescripción conforme el Decreto 3135 de 1968. Luego en el caso que nos ocupa, por tanto se debe concluir que el reconocimiento se debe hacer efectivo a partir del 11 de febrero de 2017, día siguiente al fallecimiento del causante.

Bajo tal entendimiento, se ordenará el pago de las mesadas pensionales a partir del **11 de febrero de 2017**.

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:

³⁸ Consultar entre otras, la sentencia C-895 de 2009 de la Corte Constitucional.

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

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 Proceso³⁹, 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

³⁹ “**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.”

PRIMERO.- Declarar que en el presente caso no operó el fenómeno de la prescripción de mesadas, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la providencia.

SEGUNDO.- Declarar la nulidad de los actos administrativos Resolución 2301 del 14 de junio de 2017, Resolución 5367 del 18 de diciembre de 2017, oficio OFI19-30120 del 08 de abril de 2019, oficio OFI19 64909 del 17 de julio de 2019 y oficio OFI19 – 77055 del 22 de agosto de 2019, proferidos por el Ministerio de Defensa Nacional, mediante los cuales se negó el reconocimiento de la sustitución de la pensión de jubilación a la demandante en calidad de compañera permanente, 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 NACIÓN- MINISTERIO DE DEFENSA, reconocer y pagar la sustitución de la pensión de jubilación, en el porcentaje del 100% a la señora INOCENCIA GONZÁLEZ DE FAJARDO, identificada con la cédula de ciudadanía N°. 24.583.343 de Calarcá. El pago de las mesadas pensionales se debe hacer efectivo a partir del **11 de febrero de 2017**, por efectos de la prescripción, pero el pago de la mesada correspondiente se deberá hacer de manera inmediata, habida consideración la carencia de recursos de la demandante, lo anterior, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia

CUARTO.- Ordenar a la NACIÓN- MINISTERIO DE DEFENSA, la afiliación de la señora INOCENCIA GONZÁLEZ DE FAJARDO, identificada con la cédula de ciudadanía N°. 24.583.343 de Calarcá.

QUINTO.- 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.

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

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

OCTAVO.- 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.

NOVENO: 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:

d6bd811cfd91ad80a522a50abef53cb354e74841501ae188b4c6c5f0b4821c22

Documento generado en 20/04/2021 11:05:24 AM

Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>