

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**JUZGADO VEINTE ADMINISTRATIVO MIXTO DEL CIRCUITO JUDICIAL
DE CALI**

Santiago de Cali, diez (10) de diciembre de dos mil veinte (2020)

Radicación: 76-001-33-31-012-2011-00252-00
Acción: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO LABORAL
Demandante: LUZ MARY PRADO PRADO
Demandado: DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA

En ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho de que trata el artículo 85 del C.C.A., la señora Luz Mary Prado Prado, quien actúa a través de apoderado judicial; instaura demanda en contra del Departamento del Valle del Cauca, teniendo como litisconsorte necesaria a la señora Aura Holguin, con el fin que se hagan las siguientes declaraciones:

1. Las Pretensiones.

➡ Que se declare y reconozca que la señora LUZ MARY PRADO, le asiste el derecho a la pensión de sobrevivientes, por ser la compañera permanente durante 23 años de unión marital de hecho con el señor RAFAEL VARGAS CHACON.

➡ Como consecuencia de la anterior declaración, se ordene la nulidad de los actos administrativos, Resolución No 1426 de octubre 2 de 2006, Resolución No 527 de febrero 23 de 2007 y Resolución No 072 de 22 de marzo de 2007, emitidos por la Gobernación del Valle del Cauca, que niegan la pensión de sobrevivientes de la señora Luz Mary Prado y en consecuencia se ordene:

- Pensión de sobrevivientes como compañera permanente a la señora Luz Mary Prado.
- Los retroactivos resultantes de los derechos con sus respectivos intereses de mora a la tasa más alta utilizada en la ley y mesadas adicionales, que se ajuste al reconocimiento del lucro cesante.
- Condénese a la Gobernación del Valle del Cauca a pagar las cantidades que por concepto de perjuicios materiales (daño emergente y consolidado y futuro, lucro cesante consolidado y futuro), se determinen de acuerdo con las bases y las cuantías que se señalen en los hechos de la demanda y que resulten del acervo probatorio demostrado en el proceso, cuya liquidación deberá hacerse en concreto.

➡ Daños morales, psicológicos, fisiológicos (derecho de goce) o daño en vida de relación, causados a la señora LUZ MARY PRADO, también a su hija Sra. YOLANDA VARGAS PRADO, a su nieto WANDER MAURICIO DURAN VARGAS, a su yerno FERNANDO DURAN MORENO.

➡ Que se condene a la GOBERNACION DEL VALLE DEL CAUCA, a pagar a la actora y su familia la suma tentativa que se estima en \$1.872.739.024, o en su defecto en forma genérica, más intereses moratorios y su debida indexación.

➡ Que la sentencia se actualice de conformidad con lo previsto en el artículo 178 del C.C.A, aplicando en la liquidación la variación promedio mensual del IPC, desde el 16 de abril de 1979 hasta la ejecutoria del respectivo fallo.

➡ Condenar en costas y agencias del derecho a la GOBERNACION DEL VALLE DEL CAUCA, artículo 176 y 177 del C.C.A.

➡ Que se ordene a la entidad accionada dar cumplimiento a la sentencia en los términos previstos por los artículos 176 y 177 del C.C.A.

2. Los Hechos que fundamentan la presente acción se sintetizan en la siguiente forma:

2.1. El señor RAFAEL VARGAS CHACON (q.e.p.d.) fue compañero permanente de la demandante y fue acreedor de pensión en noviembre 23 de 1965, otorgada mediante Resolución No 4360 la cual disfruto hasta el día de su muerte 16 de abril de 1979 como empleado de Ministerio de Guerra y el Departamento del Valle del Cauca.

2.2. La demandante y el causante hicieron vida marital de hecho desde el año 1956, hasta el día de su fallecimiento, conviviendo bajo el mismo techo en comunicación y trato, compartiendo mesa, lecho y techo en el municipio de Cartago Valle, procrearon una hija que responde al nombre de YOLANDA VARGAS.

2.3. La señora YOLANDA VARGAS quien a la muerte del señor VARGAS era muy joven y se encontraba estudiando, no pudo continuar con sus estudios, esfumándose las esperanzas de progreso al desaparecer la ayuda y sostenimiento que se desprendían de los ingresos pensionales.

2.4. La señora PRADO, desde la muerte de su compañero, quedó sin vida social, pues dependía económicamente de él, quedando en un desamparo moral, material, psicológico, emocional y de cuidado.

2.5. Después de ser negado el derecho, se interpuso acción de tutela con el fin de que se le reconociera de manera transitoria el derecho a la sustitución de pensión, el cual le fue tutelado por parte del Juzgado 4 Penal del Circuito Para Adolescentes con Funciones de Conocimiento, la cual fue revocada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali.

2.6. También se acudió ante la Defensoría del Pueblo con una solicitud de insistencia de la Acción de Tutela, quien determinó no encontrar merito para insistir.

2.7. El 25 de noviembre de 2010 se elevó derecho de petición ante la Gobernación del Valle del Cauca, de nuevo solicitando la pensión de sobreviviente de la señora LUZ MARY PRADO, solicitud que no fue contestada guardando silencio administrativo.

3. Las normas invocadas y su concepto de violación.

La parte actora considera vulnerados los artículos 2, 11, 13, 42, 43, 48, 49, 86, 90, 94 de la Constitución Política; el artículo 13 de la ley 797 de 2003, artículos 47 y 74 de la Ley 100 de 1993; el artículo 85 del C.C.A.; Sentencia T-692 de agosto 18 e 2006, Magistrado Ponente: JAIME CORDOBA TRIVIÑO, Sentencia Consejo de Estado Expediente No 4654 y Sentencia C-335 de 2008.

Como concepto de violación, argumenta que en primer lugar se observa que el legislador ha optado por excluir las normas que imponían límites temporales a la pensión de sobrevivientes; en segundo lugar, se concluye que le otorgó efectos retroactivos a esos límites.

Así las cosas, muchos decretos que en su momento restringieron el acceso a la pensión de sobrevivientes un tiempo determinado carecen hoy de sustento legal y deben ser eliminados del sistema jurídico, dado que su aplicación puede generar conductas discriminatorias.

Manifiesta que según lo anterior, queda sin piso jurídico todo lo argumentado por la parte demandada que pretende aplicar una normatividad vigente en la época añeja y violatoria de todo derecho, desconociendo caprichosamente su interpretación y jurisprudencia que descubre la intensión del legislador de la época y que en la actualidad a la luz de la Constitución del 91 y su jurisprudencia resulta discriminatorio y en contra del derecho internacional humanitario, alegando que no le cobijaban las normas existentes cuando se suscitaron los hechos desestimando por completo, el principio de favorabilidad.

Propone que para la época en que el sr. VARGAS CHACON, fallece en el año 1979 existía la Ley 12 de 1975, la cual era mal interpretada y solo hasta el año 1985 con la Ley 113 se corrobora la intensión del legislador de reconocer a la compañera permanente como acreedora del derecho de la sustitución pensional lo cual queda corroborado con la sentencia del Consejo de Estado, expediente 4654, del 30 de noviembre de 1993.

4. La contestación de la demanda.

4.1. El **Departamento del Valle del Cauca** se pronunció en esta etapa procesal, indicando que las actuaciones realizadas a través de las Resoluciones No 1426 de octubre 2 de 2006, 527 de febrero de 2007, fueron realizadas conforme a derecho, como también es pertinente traer a conocimiento apartes del boletín de información personal para hoja de vida firmado por el causante señor Vargas Chacón en fecha de 10 de octubre de 1958 donde registra como

cónyuge a la señora AURA HOLGUIN y no la de hoy demandante señora Luz Mary Prado.

En lo referente a la acreencia del derecho que dice tener la demandante sobre la sustitución pensional del causante, señor Vargas Chacón, siendo preciso aclarar que si fue de esta manera estamos frente a una convivencia simultanea entre esposa y compañera permanente, siendo la conclusión asumida por el Departamento del Valle del Cauca la de aplicar la normatividad existente en la fecha de los hechos.

Que la norma siempre consagra como beneficiarios de la pensión de sobreviviente: en forma vitalicia el cónyuge o compañera permanente supérstite. En ese sentido si es del caso el otorgamiento de la pensión a cualquiera de las compañeras en litis, debe ser por sentencia del Honorable Juez.

4.2. La señora **Aura Holguín**, fue vinculada al proceso en calidad de litisconsorte necesario mediante Auto del 29 de noviembre de 2017¹, por intermedio de Auto del 20 de febrero de 2018² se ordenó su emplazamiento y por Auto del 18 de septiembre de 2018³ se designó como Curadora Ad Litem a la abogada Rubis Yolanda Cortes Rivadeneira, identificada con cédula de ciudadanía No. 38.439.737 y tarjeta profesional No. 36.196, quien finalmente contestó la demanda⁴ solicitando que se prueben los hechos y en cuanto a las pretensiones no se opuso mientras las mismas se prueben.

5. Los alegatos de conclusión.

5.1. El **Departamento del Valle del Cauca** frente al particular se ratificó en lo dicho en la contestación de la demanda, indicando que el área de Prestaciones Sociales se ciñó estrictamente a las disposiciones legales vigentes sobre administración de personal y prestaciones sociales según las pruebas aportadas al expediente.⁵

5.2. La **parte demandante** a través de su mandataria judicial⁶, realizó un resumen normativo de las disposiciones que consagran el derecho a la sustitución de pensión en concordancia con las normas superiores, concluyendo que no existe causa para negar el derecho reclamado ni en la época de concurrencia de los hechos ni en la actualidad ya que la norma en su momento existió pero fue mal interpretada y en la época actual el funcionario público pretende darle ultraactividad a normas añejas, derogadas desconociendo la constitución y la ley; sumiendo a la demandante y a su núcleo familiar a la pobreza, pérdida de autonomía y desarrollo social, a su hija al abandono de sus estudios y verse obligada a trabajar a muy temprana edad.

5.3. Por su parte, la Curadora Ad Litem de la señora **Aura Holguín** no se pronunció durante el término especial⁷ para alegar de conclusión.

¹ Fl. 350

² Fl. 356

³ Fl. 364

⁴ Fls. 372-373

⁵ Fls 256-257.

⁶ Fls. 258 a 275.

⁷ Fl. 376 Constancia Secretarial.

6. El Concepto del Ministerio Público.

El señor Procurador Judicial Delegado para los Juzgados Administrativos⁸, no rindió concepto en esta etapa procesal.

Cumplidas las distintas etapas procesales sin que se advierta causal de nulidad que invalide lo actuado, de conformidad con lo establecido en el Art. 170 del C.C.A., se formulan:

7. Las Consideraciones.

7.1. La Competencia.

De conformidad con lo establecido en los artículos 134B, 134D y 134E del Decreto 01 de 1984 – C.C.A.-, el Juzgado Veinte Administrativo Mixto del Circuito Judicial de Cali, es competente para conocer la presente acción.

7.2. El Marco Normativo.

El artículo 85 del C.C.A., dispone que toda persona que se crea lesionada en un derecho amparado en una norma jurídica podrá pedir que se declare la nulidad del acto administrativo y se le restablezca en su derecho; también podrá solicitar que se le repare el daño. La misma acción tendrá quien pretenda que le modifiquen una obligación fiscal, o de otra clase, o la devolución de lo que pagó indebidamente.

Como presupuestos de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, se tienen los siguientes: 1) La existencia de un derecho; 2) La expedición de un acto administrativo y 3) La violación del derecho a causa de la actuación administrativa.

7.3. Los actos administrativos demandados e integrados.

- Se solicita la nulidad de los actos administrativos contenidos en las Resoluciones Nos. 1426 de octubre 2 de 2006⁹, 527 de febrero 23 de 2007¹⁰ y 072 de 22 de marzo de 2007¹¹, emitidos por el Departamento del Valle del Cauca, mediante los cuales se niega el derecho a la pensión de sobrevivientes a la señora LUZ MARY PRADO.

7.5. El problema jurídico.

En este punto de la controversia, corresponde al Despacho dilucidar el siguiente interrogante:

Como problema jurídico principal se deberá determinar si los actos administrativos que negaron la pensión de sobrevivientes a la señora LUZ

⁸ Fl. 376 Constancia Secretarial.

⁹ Folios 13 a 15

¹⁰ Folios 16 a 20

¹¹ Folios 22 a 26

MARY PRADO, expedidos por el Departamento del Valle del Cauca, están viciados de nulidad por desconocer la normatividad en que debían fundarse.

Para resolver dicho cuestionamiento, se deberá responder el siguiente cuestionamiento:

- i. ¿La señora Luz Mary Prado tiene derecho a disfrutar la pensión de sobrevivientes generada por el fallecimiento del señor Rafael Vargas Chacón, por reunir los requisitos establecidos en las normas que regulan dicha prestación laboral?
- ii. ¿Si hay lugar al pago de la indemnización por daños y perjuicios sufridos con ocasión de la negación de la pensión solicitada?

7.6. Planteamiento del caso

Se seguirá entonces el siguiente derrotero: **7.7.** Se iniciará con un acercamiento normativo a la pensión de sobrevivientes como desarrollo del derecho a la seguridad social y la protección constitucional a la familia; **7.8.** Análisis del caso concreto estudiando la validez de los medios probatorios allegados al proceso; **7.9.** Si hay lugar a ello, se estudiará la procedencia del restablecimiento del derecho y/o las costas.

7.7. El derecho a la pensión de sobrevivientes como desarrollo del derecho a la seguridad social y la protección constitucional a la familia

La Constitución Política establece en su artículo 48, que la Seguridad Social es un servicio público de carácter obligatorio y un derecho irrenunciable, siendo el Estado el obligado a dirigir, coordinar y controlar su efectiva ejecución.

El artículo 42 de la Carta Política preceptúa que la familia es el núcleo fundamental de la sociedad y que se conforma por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de contraer matrimonio o por la voluntad de conformarla.

Según la entidad demandada la Ley 33 de 1973 era la norma aplicable al momento del fallecimiento del señor RAFAEL VARGAS CHACON, empero, es de resaltar que nuestro ordenamiento jurídico frente al tema de la sustitución pensional o pensión de sobrevivientes, ha tenido cambios normativos que ofrecen un marco de protección a los familiares del afiliado o del pensionado que fallece, frente a las contingencias económicas derivadas de su muerte.

La Corte Constitucional ha precisado, que 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 riesgo de viudez y de orfandad, gozando post-mortem del status laboral del trabajador fallecido.

Ha explicado también la Alta Corporación, que la pensión de sobrevivientes se fundamenta en tres principios cardinales:

"(...) (i) principio de estabilidad económica y social para los allegados del causante, de acuerdo con el cual "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”;

(ii) principio de reciprocidad y solidaridad entre el causante y sus allegados, en cuanto la prestación en comento se otorga en favor de ciertas personas que sostuvieron una relación afectiva, personal y de apoyo con el asegurado y;

(iii) principio de universalidad del servicio público de seguridad social, “toda vez que con la pensión de sobrevivientes se amplía la órbita de protección a favor de quienes probablemente estarán en incapacidad de mantener las condiciones de vida que llevaban antes del fallecimiento del causante. (...)”

El Consejo de Estado por su parte, ha señalado que la pensión de sobrevivientes fue prevista para atender la contingencia derivada de la muerte de una persona, en orden a suplir la ayuda económica que el afiliado proveía a su grupo familiar, buscando que la subsistencia no se viera afectada por su ocurrencia.

Es importante recordar que antes de la expedición de la Ley 100 de 1993 existían regulaciones diferentes dependiendo que se tratara de trabajadores del sector público o del privado. En el sector público respecto a la posibilidad de sustituir la pensión de jubilación, es importante tener en cuenta lo establecido en el artículo 36 del Decreto-Ley 3135 de 1968.

“Artículo 36. Al fallecimiento de un empleado público o trabajador oficial con derecho a pensión de jubilación, sus beneficiarios en el orden y porción señalados en el Artículo 34, tienen derecho a recibir de la respectiva entidad de previsión la pensión que le hubiera correspondido durante dos (2) años, sin perjuicio de las prestaciones anteriores” Esta disposición fue modificada por el artículo 19 del Decreto 434 de 1971, al establecer “Fallecido un empleado público o trabajador oficial jubilado o con derecho a pensión de jubilación, su cónyuge y sus hijos menores de 18 años o incapacitados para trabajar por razón de sus estudios o invalidez y que dependieren económicamente del causante, tendrán derecho a percibir entre todos, según las reglas del artículo 275 del Código Sustantivo del Trabajo, la respectiva pensión durante los cinco (5) años subsiguientes .”

Posteriormente el artículo 1º de la Ley 33 de 1973 estableció: “Fallecido un trabajador particular pensionado o con derecho a pensión de jubilación, invalidez vejez, o un empleado o trabajador del sector público, sea este oficial o semioficial con el mismo derecho, su viuda podrá reclamar la respectiva pensión en forma vitalicia...”

Igualmente resulta importante destacar la Ley 12 de 1975 que en su artículo 1º dispuso:

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

convenciones colectivas”

Finalmente, la Ley 71 de 1988 por medio de la cual se expidieron normas sobre pensiones, extendió las previsiones sobre sustitución pensional de forma vitalicia al compañero o compañera permanente, a los hijos menores o inválidos y a los padres o hermanos inválidos que dependen económicamente del pensionado. Igualmente, en su artículo 7º se dispuso que los empleados oficiales y trabajadores que acrediten veinte (20) años de aportes realizados en cualquier tiempo y acumulados en una o varias de las entidades de previsión social y el ISS tendrán derecho a la pensión de jubilación, siempre que cumplan sesenta (60) años si es varón y cincuenta y cinco (55) si es mujer.

El concepto de familia en la Constitución Política de 1991, y el derecho a la igualdad de las uniones maritales de hecho y los matrimonios.

El artículo 42 de la Constitución Política indica que la familia es el núcleo fundamental de la sociedad y que se conforma por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de contraer matrimonio o por la voluntad de conformarla.

Así, la familia en la jurisprudencia de la Corte Constitucional (sentencia C-081 de 1999¹²), está amparada por un marco de protección que cubre la familia matrimonial y la extramatrimonial. En efecto la Corte ha indicado 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”¹³.

En este sentido, en la jurisprudencia constitucional, sobre la unión marital de hecho, se ha precisado que “merece reconocimiento jurídico y social, siempre y cuando acredite los elementos básicos de estabilidad por lo que, es innegable a juicio de la Corte 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”¹⁴.

Por otra parte, en el caso de las parejas homosexuales se resalta que éstas también tienen derecho a conformar una familia a través de un vínculo contractual, tal como lo expreso la Corte Constitucional en la sentencia C-577 de 2011¹⁵, así:

“En esas condiciones, la Corte estima factible predicar que las parejas homosexuales también tienen derecho a decidir si constituyen la familia de acuerdo con un régimen que les ofrezca mayor protección que la que pudiera brindarles una unión de hecho -a la que pueden acogerse si así les place-, ya que a la luz de lo que viene exigido constitucionalmente, procede establecer

¹² M.P. Fabio Morón Díaz.

¹³ C-081 de 1999. M.P. Dr. FABIO MORON DIAZ. Sentencia mediante la cual se declararon exequibles las expresiones “...la compañera o compañero permanente supérstite...”, de los artículos 47 y 74 de la ley 100 de 1993.

¹⁴ Ídem

¹⁵ M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo

una institución contractual como forma de dar origen a la familia homosexual de un modo distinto a la unión de hecho y a fin de garantizar el derecho al libre desarrollo de la personalidad, así como de superar el déficit de protección padecido por los homosexuales.”

En la misma línea de protección, la Corte en sentencia C-336 de 2008 estableció al estudiar la constitucionalidad de las expresiones “compañera o compañero permanente” contenidas los artículo 47 y 74 de la Ley 100 de 1993¹⁶, que las garantías derivadas de la seguridad social no solo comprenden a las parejas heterosexuales unidas por vínculos jurídicos – matrimonio- o naturales -unión libre-, sino que en el caso de los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes también están incluidas “las parejas permanentes del mismo sexo cuya condición sea acreditada en los términos señalados en la sentencia C-521 de 2007 para las parejas heterosexuales.” Al respecto se consideró en la citada providencia que no existe una justificación que autorice que las parejas homosexuales no tengan derecho al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, en los mismos términos que las parejas heterosexuales.

Ahora bien, se señaló en la sentencia C-081 de 1999 que no pueden confundirse los derechos herenciales con el reconocimiento de prestaciones sociales ocasionadas por la muerte de uno de los miembros de la pareja, ya que insiste la Corte, se trata de instituciones jurídicas diferentes, “pues son diferentes los principios que animan la hermenéutica jurídica en este campo del ordenamiento legal, a los que prevalecen en el área del derecho privado”¹⁷.

Así se estimó que, en aplicación del literal a)¹⁸ del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, para establecer qué persona tiene derecho a la sustitución pensional, cuando hay conflicto entre la cónyuge supérstite y la compañera permanente, es un factor determinante, el compromiso efectivo y de comprensión mutua de la pareja existente entre la pareja, al momento de la muerte de uno de sus integrantes”¹⁹

En la citada providencia se reitera lo considerado en la sentencia C-389 de 1996, en el sentido que en la normatividad nacional se prioriza un criterio material, esto es la convivencia efectiva al momento de la muerte, como factor para determinar quién es el beneficiario de la sustitución pensional.

Así, insiste la Corte en la sentencia C-081 de 1999²⁰ que la convivencia efectiva al momento de la muerte del pensionado, “constituye el hecho que legitima la sustitución pensional”, que modo que es constitucional que en el literal a) del artículo 47 de la Ley 100 de 1993 exija “tanto para los cónyuges como para las compañeras o compañeros permanentes, acreditar los

¹⁶ 8 Modificados por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003

¹⁷ Ídem

¹⁸ “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;(...)”

¹⁹ Ídem

²⁰ M.P. Fabio Morón Díaz

supuestos de hecho previstos por el legislador para que se proceda al pago de la prestación”, pues acoge un criterio real o material, como lo es “la convivencia al momento de la muerte del pensionado, como el supuesto de hecho para determinar el beneficiario de la pensión”.

Posteriormente, en la sentencia C-1126 de 2004²¹ se reiteró la protección constitucional de la familia y el derecho a la igualdad de las uniones maritales de hecho en materia prestacional. Se consideró en esta providencia que:

“La Corte ha analizado en varias oportunidades las implicaciones de esta protección constitucional y ha concluido que, (i) las familias constituidas tanto por vínculos naturales como jurídicos están en pie de igualdad; (ii) el Estado y la sociedad garantizan la protección integral de la familia, independientemente de su constitución por vínculos jurídicos o naturales; (iii) La honra, la dignidad y la intimidad de la familia son inviolables, sin tener en cuenta el origen de la misma familia y (iv) la igualdad de derechos y obligaciones que le reconoce la Carta a la familia, independientemente de su origen, no implica identidad entre el matrimonio y otras formas de constitución de vínculos familiares.²² De esta manera, tanto la familia constituida por vínculos jurídicos como aquella constituida por vínculos naturales, es igualmente digna de respeto y protección por parte del Estado. (...)”

Por ello ha señalado también esta Corporación que “no puede el legislador expedir normas que consagren un trato diferenciado en cuanto a los derechos y deberes de quienes ostentan la condición de cónyuge o de compañero permanente, como tampoco entre los hijos habidos en matrimonio o fuera de él.”²³ ”

7.8. Análisis del caso concreto estudiando la validez de los medios probatorios allegados al proceso.

La señora Luz Mary Prado, acude a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo con el fin de que se declare la nulidad de los actos administrativos^{??contenidos??en??las} Resoluciones No. 1426 de octubre 2 de 2006²⁴, Resolución No 527 de febrero 23 de 2007²⁵ y Resolución No 072 de 22 de marzo de 2007²⁶, emitidos por el Departamento del Valle del Cauca, mediante los cuales se le niega el derecho de la pensión de sobrevivientes.

Sea lo primero manifestar, que de la información y documentación obrante en el expediente se tiene que la señora Aura Holguín, era quien figuraba como cónyuge supérstite del señor Rafael Vargas Chacón (q.e.p.d.), y beneficiaria de la prestación reclamada.

El anterior pronunciamiento, se tendrá en cuenta para absolver el caso en cuestión; así mismo, obra en el plenario material probatorio que deberá analizarse para determinar el cumplimiento o no de los requisitos legales y

²¹ M.P. Manuel José Cepeda Espinosa

²² Corte Constitucional, Sentencia C-104 de 1994, MP: Jorge Arango Mejía

²³ Corte Constitucional, Sentencia C-477 de 1999, MP: Carlos Gaviria Díaz.

²⁴ Folios 13 a 15

²⁵ Folios 16 a 20

²⁶ Folios 22 a 26

jurisprudenciales que permitan establecer si le asiste el derecho alegado por la actora sobre la mentada pensión de sobrevivientes.

Para los efectos descritos, se precisa de los documentos aportados junto con la demanda, lo siguiente:

-Derecho de petición²⁷ de la pensión sustitutiva dirigido al Departamento del Valle del Cauca por parte de la señora Luz Mary Prado con fecha 28 de octubre de 2005.

-Certificado de servicios exequiales de la Funeraria García²⁸ en la cual se da constancia de que se prestaron los servicios funerarios al señor Rafael Vargas Chacón, el día 16 de abril de 1979 y quienes cancelaron dicho servicio fueron los señores José Raúl Ramírez y la señora Luz Mary Prado.

-Registro Civil de Defunción del señor Rafael Vargas Chacón.²⁹

-Registro Civil de Nacimiento de la señora Luz Mary Prado.³⁰

-Registro Civil de Nacimiento de la señora Yolanda Vargas.³¹

- Mediante Resolución No. 1426 del 2 de octubre de 2006³², el Departamento del Valle del Cauca resolvió negativamente una solicitud de sustitución pensional incoada por la señora Luz Mary Prado con ocasión del fallecimiento del señor Rafael Vargas Chacón.

El acto que desestima la solicitud **se fundamenta en el hecho de que la señora Luz Mary Prado no ostentaba la calidad de cónyuge del causante**, requisito establecido en la norma vigente al fallecimiento del señor Rafael Vargas Chacón.

- Mediante Resolución No. 527 del 23 de febrero de 2007³³, se resolvió un recurso de reposición incoado por la accionante, encaminada a controvertir el acto administrativo contenido en el Resolución No. 1426 del 2 de octubre de 2006, el cual fue desestimado por las mismas razones.

-En igual sentido a través de la Resolución No. 072 de 22 de marzo de 2007³⁴, se confirmó en su totalidad la Resolución No. 1426 del 2 de octubre de 2006.

-Se aportaron sendas declaraciones extra proceso³⁵ de los señores José Raúl Ramírez López, Luz Amparo Zapata Zapata, María Liliana Tame Fontal, Alicia Silva Aristizábal, Javier de Jesús Silva Aristizábal, Luz Mery González, Álvaro Londoño Martínez, María Silvia Aristizábal, Edilberto Silva Aristizábal, Ofelia Melo Prado, donde manifiestan que por ser amigos y vecinos, conocieron al señor Rafael Vargas Chacón y la señora Luz Mary, quienes vivieron en unión

²⁷ Fls.3-4

²⁸ Fls. 9

²⁹ Fl.10

³⁰ Fl.11

³¹ Fl.12

³² Fls. 14-15.

³³ Fls. 16 a 20.

³⁴ Fls. 22 a 26

³⁵ Fls. 27 a 39

libre por más de 10 años y hasta la fecha de la muerte del señor Vargas, que la señora dependía económicamente del causante, que al momento del fallecimiento de su compañero paso por necesidades económicas por ser dependiente del mismo y que nunca volvió a conseguir pareja.

- Se aportó decisión de tutela No T-020³⁶, en la cual el Juzgado Cuarto Penal Para Adolescentes, tuteló como mecanismo transitorio los derechos fundamentales de la señora Luz Mary Prado y ordenó al Departamento del Valle del Cauca, reconocer y pagar la pensión de sobrevivientes a la accionante.

- Aparece decisión del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Cali, del 15 de julio de 2009, en la cual se resuelve la impugnación propuesta por el Departamento del Valle del Cauca, y se revoca la sentencia materia de impugnación³⁷.

- Oficio No 015092 de 8 de junio de 2010³⁸, de la Defensoría del Pueblo, en el cual se le comunica a la señora María Angelica Guarín, apoderada de la actora que: "En atención a la solicitud de insistencia en revisión ante al Honorable Corte Constitucional del expediente referenciado, le informo que mediante acta del Comité Jurídico de la Dirección Nacional de Recursos y Acciones Judiciales No 20 llevada a cabo los días 29 y 30 de octubre y 3 de noviembre de 2009, previo análisis constitucional de piezas procesales aportadas, llegó a la conclusión de que no es procedente atender favorablemente su petición".

- El señor Rafael Vargas Chacon, según se desprende del registro civil de defunción³⁹, falleció el 16 de abril de 1979.

- Certificado médico del "Centro Médico de Aldem Mas", del 28 de enero de 2010, expedido por el señor Jorge Eduardo Poveda Parra, quien manifiesta que ha tratado a la señora Luz Mary Prado desde hace 15 años. Vale mencionar que no aparece registro medico de quien firma ni indica especialidad alguna. Se aportan imágenes de la demandante⁴⁰.

- Libreta Militar y antecedentes judiciales del señor Rafael Vargas Chacón⁴¹.

- Acta de posesión de 17 de octubre de 1958, en el cargo de "Agente Celo"⁴²

- Formulas médicas del señor Rafael Vargas Chacón de los años de 1976 y 1977, expedidas por diferentes médicos y Centros Médicos⁴³.

- Contrato de prestación de servicios entre la señora Luz Mary Prado y la Abogada María Angelica Guarín⁴⁴.

³⁶ Fls 56 a 63

³⁷ Fl. 64 a 78.

³⁸ Fls.90 a 97

³⁹ Fl. 31.

⁴⁰ Fl. 111 a 118.

⁴¹ Fl. 119 a 121.

⁴² Fl. 123

⁴³ Fls. 125 a 130

⁴⁴ Fl.244 a 246

- De las pruebas documentales recaudadas se tiene que, si bien la señora Aura Holguín fue la esposa del causante, el Departamento del Valle del Cauca no probó haberle reconocido la pensión de sobrevivientes a la señora en mención pues no aportó el acto administrativo que así lo acreditara.

En tal sentido una vez verificado aquello se vinculó a la referida señora Holguín al proceso como litis consorte necesario, según auto No. 943 del 29 de noviembre de 2017⁴⁵.

El anterior pronunciamiento fue realizado por parte del Departamento del Valle del Cauca se fundó respecto de las personas reconocidas como beneficiarias, esto es, en el vínculo matrimonial vigente entre el causante y la señora Aura Holguín, bajo el argumento establecido la Ley 33 de 1973 el cual hace extensivo dicho reconocimiento a la compañera permanente.

Por otro lado, y teniendo en cuenta que el criterio predominante en estos casos es el de la convivencia efectiva al momento de la muerte, el Despacho entrará a valorar el elemento material de convivencia como factor determinante para la legitimación del derecho que reclama la demandante.

Ahora bien, dentro de las pruebas decretadas y recaudadas dentro del presente trámite procesal, encontramos el interrogatorio realizado al señor José Raúl Ramírez, y el testimonio de la señora Alicia Silva Aristizábal,⁴⁶ de los cuales se puede establecer con claridad que la demandante convivió por aproximadamente 25 años⁴⁷ con el señor Fausto Salas Ramírez, hasta el momento de su deceso.

Relación dentro de la cual tuvieron una hija, y se apreciaba la dependencia económica, resaltando que a pesar de que el señor Rafael Vargas tenía un matrimonio vigente, convivía con la señora Luz Mary Prado, así, se corrobora los lazos de afecto, convivencia y permanencia entre la demandante y el causante.

Vale mencionar que además de la prueba anterior reposan en el expediente las declaraciones extraprocesales de los señores José Raúl Ramírez López, Luz Amparo Zapata Zapata, María Liliana Tame Fontal, Alicia Silva Aristizábal, Javier de Jesús Silva Aristizábal, Luz Mery González, Álvaro Londoño Martínez, María Silvia Aristizábal, Edilberto Silva Aristizábal, Ofelia Melo Prado, donde manifiestan que por ser amigos y vecinos, conocieron al señor Rafael Vargas Chacón y la señora Luz Mary, quienes vivieron en unión libre por más de 15 años y hasta la fecha de la muerte del señor Vargas la señora dependía económicamente del causante, que después del fallecimiento de su compañero paso por necesidades económicas por ser dependiente del mismo y que nunca volvió a conseguir pareja, declaraciones que corroboran lo dicho por los testimonios llamados a la litis atrás referenciados en la cuales coinciden en establecer que la actora y el señor Vargas convivieron por un lapso mayor de 15 de años.

⁴⁵ Fl.350

⁴⁶ Fls. 140-143. Audiencia de Pruebas celebrada el 13 de noviembre de 2019.

⁴⁷ Respecto al tiempo de convivencia de aproximadamente 19 años, diremos que luego de revisar el material probatorio, se encuentra que tanto en declaraciones extrajudicio como en declaraciones judiciales se aluden a tiempos de convivencia de 19 años (fls. 28 y 140-143), otros a 16 años (fl. 97 Antecedentes Administrativos). Para dirimir tal situación, se optó por tomar el año con mayor número de elementos de prueba.

Ahora bien, de conformidad con las pruebas obrantes en el proceso, este Operador Judicial concluye que:

En primer lugar, existió una unión marital de hecho entre la demandante y el señor Rafael Vargas Chacón, con quien convivió por aproximadamente más de (15) años y hasta el día de su fallecimiento, máxime cuando no hay elemento probatorio alguno que permita desvirtuar esta subsunción.

En segundo lugar, la normatividad aplicable a la solicitud de sustitución pensional de la actora es el artículo 1 de la ley 12 de 1975 ya que era la disposición vigente al momento de la muerte de su compañero permanente el 16 de abril de 1979 y tal norma en concordancia con el artículo 54 del Decreto Nacional 1045 de 1978, preveía la pensión de sobreviviente solamente para la cónyuge del fallecido, lo que excluye a la peticionaria.

En efecto tal norma prescribía que:

"ARTÍCULO 54. De la compañera permanente. La calidad de compañera permanente de empleados públicos o trabajadores oficiales se acreditará siempre mediante dos declaraciones de terceros. No se admitirá la calidad de compañera permanente cuando se tenga el estado civil de casado, salvo en los casos de sentencias de separación de cuerpos".

Posteriormente, el artículo 3 de la ley 71 de 1988⁴⁸ extendió la sustitución pensional del artículo 1 de la ley 33 de 1973 a las compañeras permanentes, pero tal disposición no le es aplicable pues no estaba vigente al momento de la muerte del compañero permanente de la demandante y no posee efectos retroactivos sino el efecto general inmediato y hacia el futuro que, por regla general, tiene la legislación.

Sin embargo considera el Despacho que dadas las nuevas orientaciones constitucionales acerca de la igualdad de derechos entre la cónyuge y la compañera permanente en lo que respecta al ámbito de la seguridad social, en la actualidad la existencia de una prerrogativa en favor de la primera cimentada en el vínculo jurídico que la une con el causante, comporta una discriminación sin ninguna justificación constitucionalmente válida, por lo que a juicio de este operador judicial no debe existir diferencia de trato y mucho menos que dicha distinción impida el acceso a un derecho fundamental como

⁴⁸ "Artículo 3 .- Extiéndese 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 compañero o compañera permanente, a los hijos menores o inválidos y a los padres o hermanos inválidos que dependan 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 tengan extinguido su derecho. De igual manera respecto de los hijos entre sí. 2. Si no hubiere cónyuge o compañero o compañera permanente, la sustitución de la pensión corresponderá íntegramente a los hijos menores o inválidos por partes iguales. 3. Si no hubiere cónyuge supérstite o compañero o compañera permanente, ni hijos menores o inválidos, la sustitución de la pensión corresponderá a los padres. 4. Si no hubiere cónyuge supérstite, compañero o compañera permanente, ni hijos menores o inválidos, ni padres, la sustitución de la pensión corresponderá a los hermanos inválidos que dependan económicamente del causante".

lo es la seguridad social, por lo que procede la aplicación de la excepción de inconstitucionalidad de que trata el artículo 4 de la Constitución Nacional.

Así las cosas, habiéndose acreditado plenamente por la demandante su calidad de compañera permanente, una convivencia superior a 15 años previos al fallecimiento del causante, se accederá a las pretensiones de la parte actora, bajo el supuesto de que a la beneficiaria de la pensión de sobreviviente le corresponderá el 100% de la prestación.

En un asunto similar la Corte Constitucional en sentencia T-1028 de 2010 manifestó:

"La inaplicación del artículo 1 de la ley 33 de 1973 era perentoria ya que, restringir el derecho a la sustitución pensional a las cónyuges con exclusión de las compañeras permanentes, es manifiestamente contrario al derecho fundamental a la igualdad consagrado en el artículo 13 de la Constitución y al artículo 42 que otorga igual reconocimiento a las distintas formas de familia sean formadas por vínculos jurídicos – matrimonio- o naturales – uniones maritales de hecho-. Esta contradicción manifiesta ha sido puesta de presente por la jurisprudencia constitucional en varias oportunidades en casos similares al presente en los cuales se negaba el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a compañeras permanentes debido a que las regulaciones vigentes en la época de la muerte de sus compañeros se limitaban a otorgar este derecho a la cónyuge. Así en la sentencia T-286 de 2000 se indicó que "(...) la Constitución de 1991 eliminó de manera tajante y definitiva toda forma de diferenciación entre el matrimonio y la unión permanente como fuentes u orígenes de la familia. Tanto el contrato solemne como la voluntad responsable de un hombre y una mujer, sin formalidad alguna, producen el efecto jurídico de formación del núcleo familiar. En consecuencia, todo aquello que en la normatividad se predique del matrimonio es aplicable a la unión de hecho. Con mayor razón lo relacionado con derechos, beneficios o prerrogativas, tanto de quienes integran una u otra modalidad de vínculo familiar como de los hijos habidos en el curso de la relación correspondiente. Por eso, se muestra como contrario a los preceptos constitucionales toda norma o acto, judicial o administrativo, que pretenda introducir distinciones entre el matrimonio y la unión libre, con el ánimo de reservar para la primera de esas formas de convivencia determinadas preferencias o ventajas, o para la segunda ciertas restricciones u obstáculos en cualquier campo (...) Para la Corte, desde el punto de vista constitucional, resulta injustificada la exclusión de la compañera permanente de los beneficios y derechos reconocidos expresamente a la cónyuge supérstite, cuando la propia Carta pone a ambas en un mismo plano de igualdad, sin importar el tipo de vínculo que da origen a la familia". El mismo razonamiento se usó en la sentencia T-932 de 2008 en la cual se agregó que "a la luz de la Constitución Política de 1991, las normas que establezcan un trato discriminatorio injustificado entre cónyuges y compañeros permanentes, deben ser objeto de una interpretación extensiva, en el sentido de ampliar el ámbito de aplicación de los beneficios establecidos en las disposiciones, previstos en principio exclusivamente para cónyuges, a los compañeros permanentes". Similares consideraciones se hicieron recientemente en la sentencia T-098 de 2010 en un caso muy similar al presente en el que también se negaba el derecho a la pensión a una compañera permanente con

fundamento en la misma ley 33 de 1973. Expresó la Sala que "la demandada pretende que aún después de la Constitución de 1991 se continúe aplicando una disposición que discriminaba, por razones morales, a las mujeres que libremente habían decidido formar una familia sin casarse. Esta postura pone en evidencia que la decisión de cancelar el pago de la pensión de sustitución supuso una trasgresión al derecho a la igualdad, ya que excluye a una persona de la sustitución pensional que se encuentra bajo el mismo supuesto de una cónyuge – por haber hecho vida marital con determinado hombre –, y sólo por el hecho de no haberse casado. 3.6 Dicha legislación, hoy derogada, bajo ningún concepto podría producir los efectos ultractivos que la aseguradora pretende, como quiera que a la luz del orden constitucional vigente, con independencia de su origen, la familia se protege como institución básica de la sociedad". Es claro entonces que las providencias atacadas incurrieron en una violación directa de la Constitución al aplicar una norma que es manifiestamente contraria al derecho a la igualdad reconocido en la Carta Política de 1991, lo que a su vez ocasionó la vulneración de los derechos fundamentales de la actora a la seguridad social y al mínimo vital por la falta de la pensión de sobrevivientes."

En este orden de ideas, el Despacho dará aplicación a la excepción de inconstitucionalidad de que trata el artículo 4 de la Constitución Nacional en el entendido de que el derecho a la sustitución pensional que consagra el artículo 1 de la ley 12 de 1975 comprende a la compañera permanente desde la entrada en vigor de la Constitución de 1991.

Así las cosas, ésta demostrada la existencia de una convivencia con la señora Luz Mary Prado durante un espacio de más de 15 años antes del fallecimiento del causante, encontrando que los actos administrativos expedidos por la entidad accionada realizan una interpretación inadecuada, respecto a que la prestación económica no pueda ser reconocida a la accionante, por cuanto no era casada con el causante, situación que erradamente lo justifica el contenido de las Resoluciones Nos. 1426 del 2 de octubre de 2006; No. 527 del 23 de febrero de 2007 y 072 del 22 de marzo de 2007.

Pronunciamientos que adolecen de vicios de nulidad por encontrar que tal norma está en contradicción directa con los postulados constitucionales en tanto que no debe existir diferencia de trato para la compañera permanente, según se refirió, pues tal negativa de reconocimiento de los derechos de la ahora demandante soslaya la finalidad de previsión establecida por el legislador para dicha prestación.

En consecuencia, se declarará la nulidad de las Resoluciones Nos. 1426 del 2 de octubre de 2006; No. 527 del 23 de febrero de 2007 y 072 del 22 de marzo de 2007, expedidas por el Departamento del Valle del Cauca.

7.9. Restablecimiento del Derecho.

Aclarado lo anterior, se inaplicará por inconstitucional la expresión "*su viuda*" contenida en el artículo 1º de la ley 33 de 1973 y la inaplicación de la expresión "*No se admitirá la calidad de compañera permanente*", del artículo 54 del Decreto Nacional 1045 de 1978, en el sentido de que el derecho a la

pensión de sobrevivientes ahí consagrado comprende a la compañera permanente desde la entrada en vigor de la Constitución de 1991.

Bajo tales razones, habiéndose demostrado la convivencia con la compañera permanente, se resolverá el conflicto planteado concediendo la prestación negada que percibía el señor Rafael Vargas Chacón, a la señora Luz Mary Prado, por el equivalente del 100% del derecho reclamado, bajo el entendido que la misma se concederá en dicha proporción en consideración a que la señora Aura Holguín, nunca se hizo presente ni aportó información que pudiera desvirtuar lo aquí planteado a pesar de haberse vinculado con las formalidades procesales pertinentes.

La suma que resulte del reconocimiento pensional deberá ser actualizada, dando aplicación a la siguiente fórmula:

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

Donde el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es el correspondiente al valor pensional, por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor, certificado por el DANE (vigente a la fecha de ejecutoria de esta sentencia), por el índice inicial (vigente para la fecha en que debió hacerse el pago). Es claro que por tratarse de pagos de tracto sucesivo mensual la fórmula se aplicará separadamente mes a mes teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento en que debió hacerse el pago respectivo.

La parte demandada se encuentra habilitada para deducir el porcentaje correspondiente a los aportes con destino al sistema de seguridad social en salud.

Ahora bien, frente al tema de la **prescripción**, en el sub-lite, este operador judicial detecta que la fecha de reclamación inicial elevada por la accionante ante el Departamento del Valle del Cauca, fue el 28 de octubre de 2005. Así mismo el recurso de apelación por no concederse la pensión corresponde a fecha de 22 de marzo de 2007. Posteriormente por segunda vez se realiza petición ante el ente territorial con fecha 26 de noviembre de 2010 y la demanda fue radicada el 15 de abril de 2011 ante el Tribunal Administrativo de Valle del Cauca⁴⁹.

En tal sentido se tomara como fecha para efectos de reconocimiento la fecha de la segunda petición de 25 de noviembre de 2010 que en conjunción con la fecha de radicación de la demanda interrumpieron la prescripción, los valores de las mesadas pensionales causadas desde los tres (03) años anteriores a la mencionada fecha están prescritos, esto es **26 de noviembre de 2007** hacia atrás y así se dejara consignado en la parte resolutive de esta sentencia en consonancia con el artículo 102 del Decreto 3135 de 1968 concordado con el artículo 151 del Código de Procedimiento Laboral.

⁴⁹ FI.165

En el *sub lite*, la parte demandante estima que, a más de la nulidad de los actos administrativos, que el consecuente restablecimiento del derecho corresponde a la liquidación de unos perjuicios ocasionados de orden material y moral con la negación al reconocimiento de la debida pensión a la señora Luz Mary Prado.

Vale mencionar que las condenas de restablecimiento del derecho como consecuencia de la nulidad de los actos administrativos normalmente devienen de la declaratoria de anulación; tales condenas a título del restablecimiento del derecho son también de tipo indemnizatorio; sobre el particular se refirió el Consejo de Estado⁵⁰ en sentencia de nulidad y restablecimiento del derecho bajo el siguiente derrotero:

"(...) 2.3.1. Marco jurídico del daño moral y material.

En relación con el perjuicio moral, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha establecido que: "(...) comporta aflicción, dolor, angustia y en general, padecimientos varios, o como ha solido decirse, dichas consecuencias "son estados del espíritu de algún modo contingentes y variables en cada caso y cada cual siente o experimenta a su modo. (...) "⁵¹ con lo cual ha concluido que es posible su reparación y que al tratarse de sentimientos que permanecen en el interior del ser no es posible su cuantificación exacta.

Del mismo modo la doctrina ha considerado que los daños morales son "esos dolores, padecimientos, etc., que pueden presentarse solamente como secuela de los daños infligidos a la persona. Que no son entonces daños propiamente dichos, y que por otra parte, constituyen un sacrificio de intereses puramente morales, que justifican una extensión del resarcimiento, esta vez con función principalmente satisfactoria "⁵².

En el mismo sentido se ha pronunciado la Sala Plena de la Sección Tercera de la mencionada Corporación, indicando la necesidad de acreditación de la prueba del perjuicio moral que se pretenda reclamar a través del proceso, de esta manera:

"...La reciente sentencia de la Sala Plena de la Sección Tercera de 23 de agosto de 2012 señaló que en "cuanto se refiere a la forma de probar los perjuicios morales, debe advertirse que, en principio, su reconocimiento por parte del juez se encuentra condicionado –al igual que (sic) demás perjuicios- a la prueba de su causación, la cual debe obrar dentro del proceso". (...) el juez reconoce la existencia de los perjuicios morales teniendo en cuenta que con base en las reglas de la experiencia, se presume

⁵⁰ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO – ADMINISTRATIVO, SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN B Consejera Ponente: DRA. SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ, 5 de octubre de 017, Radicación:410012333000201200206 - 01 (1598-2016).

⁵¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. C.P.: Daniel Suárez Hernández. Bogotá. 10 de septiembre de 1998.

⁵² SCOGNAMIGLIO Renato. El daño moral. Contribución a la teoría del daño extracontractual. Tratado de Fernando Hinestrosa, Bogotá, Edit. Antares, 1962. pág. 46

que, en las circunstancias en que ocurrió, para sus parientes inmediatos debió implicar un profundo dolor, angustia y aflicción, teniendo en cuenta que dentro del desarrollo de la personalidad y del individuo está la de hacer parte de una familia como espacio básico de toda sociedad”.⁵³

Ahora bien, con respecto a la tasación del perjuicio moral el Consejo de Estado ha indicado que estos perjuicios han sido reconocidos a quienes sufran un daño, que se debe reconocer a manera de indemnización más no de reparación, por lo tanto le corresponde al juez establecer el valor que le corresponda, el cual deberá ser básicamente proporcional al daño que le fue acaecido.⁵⁴”.

En este orden de ideas, se tiene que el perjuicio moral se ha entendido aquel que violenta a la persona directa e indirectamente reflejado en dolor, aflicción y en general sentimientos de desesperación y congoja, el cual podrá ser reconocido únicamente cuando la persona que crea haber sido perjudicada, demuestre a través de medios probatorios la ocurrencia de éstos.

Por otro lado, con respecto al daño material (lucro cesante), la Corte Constitucional ha establecido que:

“El lucro cesante alude “a la ganancia o provecho que se dejó de percibir debido al acaecimiento del mismo”. Ese perjuicio se consolida cuando un bien económico debe ingresar al patrimonio de la víctima en el transcurso normal de las circunstancias, empero ello no sucedió o no ocurrirá. Dicha lesión subsana las pérdidas que sufrió una persona como consecuencia de las ganancias frustradas en el pasado o en futuro por el hecho dañino, es decir, se reemplazan las ganancias que el bien dejó de reportar. En este evento, el resarcimiento se circunscribe a los perjuicios efectivamente causados, verbigracia la pérdida de lo que efectivamente producía un animal o un vehículo”.⁵⁵

De lo anterior, se observa que el daño material más específicamente el lucro cesante hace referencia al dinero, ganancia o rendimiento que una persona deja de percibir como consecuencia del perjuicio que se le ha causado, y que para que se pueda conceder una indemnización, es necesario que ésta ganancia: i) exista; ii) pueda ser probada; iii) tenga

⁵³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. C.P.: Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Fecha 6 de marzo de 2013. Radicado. No. 66001-23-31-000-2001-00098-01 (24884).

⁵⁴ “Sobre el particular, resulta claro que la tasación de este perjuicio de carácter extrapatrimonial, dada su especialidad, no puede ser sino de naturaleza compensatoria, razón por la cual, corresponde al juzgador, con fundamento en su prudente juicio, en eventos como el sub examine –cuando carezca pruebas que acrediten la incapacidad médico legal o el porcentaje de pérdida de capacidad laboral-, establecer el valor que corresponda, para cuyo propósito debe tener en cuenta la naturaleza y la gravedad de la aflicción y sus secuelas, de conformidad con lo que se encuentre demostrado en el proceso”. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera Subsección “A”. C.P.: Hernán Andrade Rincón. Bogotá. 10 de agosto de 2016. Rad No. 230012331000200500380 01 (37.040).

⁵⁵ Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia C – 750 de 2015. M.P.: Alberto Rojas Ríos. 10 de diciembre de 2015.

relación directa con el daño causado y; iv) pueda ser determinada económicamente la cuantía que se ha dejado de percibir.(...)”

Veamos entonces lo pedido por la parte actora:

Como perjuicios materiales.

DAÑO EMERGENTE

Transporte	\$2.000.000
Gastos médicos, parches y curaciones	\$3.000.000
Honorarios de Abogado	\$300.000.000

En atención a lo pretendido por la parte demandante sobre este tipo de daño vale la pena aclarar el concepto de daño emergente es un tipo de perjuicio material que consiste en la pérdida efectiva -pasada, presente o futura- de un bien económico que se encontraba en el patrimonio de la víctima. Así mismo sobre el tema, según el Concejo de Estado⁵⁶, se propone:

"El daño emergente supone, por tanto, una pérdida sufrida, con la consiguiente necesidad — para el afectado — de efectuar un desembolso si lo que quiere es recuperar aquello que se ha perdido. El daño emergente conlleva que algún bien económico salió o saldrá del patrimonio de la víctima”.

Ajustado a lo anterior los gastos propuestos por la demandante no pueden ser despachados favorablemente atendiendo al hecho que quien pide los mismos argumenta que con ocasión de la muerte del pensionado y ante la negación del reconocimiento de la pensión sustitutiva por parte del ente territorial indica que debió incurrir en gastos de transporte (en la demanda no se precisa si son del causante o de la compañera) pues si son aquellos gastos de transporte del causante, tales no proceden porque aquí no se discute la responsabilidad de la muerte del señor Vargas Chacón y si corresponde por gastos de transporte de la señora Luz Mary Prado tampoco, pues si tal “perjuicio” se produjo por la necesidad de transportarse ante un estado de enfermedad, tal situación no está probada, lo cual aplica también para gastos médicos, de forma tal que la enfermedad alegada haya sido causada por la negación del beneficio reclamado, pues la misma pudo deberse a factores ajenos como la misma perdida de su pareja sentimental, o un estado patológico previo, entre otras cosas.

Mucho menos se podría pensar en acceder al pago de daño emergente con ocasión del pago de unos honorarios profesionales, bajo el entendido que tales honorarios se pactaron bajo la figura de la cuota litis, es decir que si se obtenía el derecho reclamado por parte del abogado de lo allí reconocido se deducirían los mismos en un porcentaje establecido en el contrato de prestación de servicios entre abogado y cliente, lo cual indica claramente que tal dinero nunca estuvo en el patrimonio de afectado como se predica del concepto de daño emergente.

⁵⁶ Sentencia del 4 de diciembre de 2006, radicación número 13168, con ponencia del Doctor MAURICIO FAJARDO GÓMEZ

LUCRO CESANTE

Manifiesta que corresponden a los dineros dejados de percibir durante 31 años y nueve meses, multiplicados por la mesada a la fecha: desde 16 de abril de 1979 a noviembre 16 de 2010, fecha en que se inició los tramites para impetrar la presente acción a razón de la suma de \$365.587.407, más mesadas adicionales \$60.451.461.

Sobre este concepto la demandante se confunde entre lo que se debe pagar como restablecimiento del derecho con ocasión de la nulidad de las Resoluciones Nos. 1426 del 2 de octubre de 2006; No. 527 del 23 de febrero de 2007 y 072 del 22 de marzo de 2007, lo cual implica que una vez se otorgue el derecho de la pensión de sobrevivientes se pagará la suma que resulte del reconocimiento de la liquidación del retroactivo pensional, teniendo en cuenta el momento en que debió hacerse el pago respectivo, y la aplicación del fenómeno de la prescripción.

PERJUICIOS EXTRAPATRIMONIALES

DAÑOS MORALES

Para la señora Luz Mary Prado, Yolanda Vargas Prado, solicita 100 smmlv para cada uno, así:

515.000 X 100	\$51.500.000
---------------	--------------

DAÑO FISIOLÓGICO (DERECHO AL GOCE)

Para la señora Luz Mary Prado, Yolanda Vargas Prado, el menor Wander Mauricio Duran Vargas, nieto del causante, solicita 400 smmlv para cada uno, así:

515.000 X 400	\$206.000.000
---------------	---------------

De acuerdo con los pronunciamientos jurisprudenciales del Consejo de Estado, para que exista responsabilidad patrimonial del Estado es necesario que se presenten los siguientes elementos: i) daño antijurídico, definido por el Consejo de Estado y por la Corte Constitucional como "el menoscabo o perjuicio que sufre la víctima en su patrimonio o en sus derechos personalísimos, sin tener el deber jurídico de soportarlo" ; ii) que exista una acción u omisión atribuible al Estado; y iii) que exista una relación de causalidad entre el daño causado y la acción u omisión imputable. En consecuencia, en los eventos en que se presenten los elementos antes mencionados, existirá responsabilidad del Estado, y éste tendrá la obligación de reparar los daños y los perjuicios que hubiere ocasionado.

Argumenta la demandante que con la negación de la pensión de sobrevivientes por parte del Departamento del Valle del Cauca, se produjeron daños de orden extrapatrimonial a nivel moral y fisiológico, apoyada en el argumento que tal decisión corresponde según sus apreciaciones a que:, *"Desde el momento de la muerte de su compañero, quien, valga la aclaración, era él, muy mayor frente a ella, quedó sin vida social, ya que la señora Prado dependía económicamente de él y toda su vida giraba alrededor de su compañero, sentía en él toda su protección, por eso Por eso es que al momento de morir el señor Rafael Vargas*

Chacón la Sra Prado queda en un total desamparo moral material psicológico emocional de cuidado y lo que es aún peor: perdiendo su autonomía pues en ese momento la GOBERNACIÓN DEL VALLE le dice que no tiene derecho a sustituir la pensión de su compañero, y que en esa época era normal que se negara este derecho la compañera permanente ya que las normas que existían no eran claras y tenían una mala interpretación

Agrega que:

"La señora Yolanda Vargas Prado identificada con cédula de ciudadanía número 31.396.961 de Cartago Valle hija del causante se encontraba estudiando y por el hecho y/o acción imputables a la administración por carecer de los recursos que su padre le proporcionaba no pudo proseguir sus estudios esfumándose así las grandes y positivas esperanzas de ayuda y sostenimiento que se desprendían de los ingresos de su padre quién era pensionado por la Gobernación del Valle del Cauca, al ser negada la pensión, ella es obligada a abandonar sus estudios y enfrentarse a la vida laboralmente de la noche a la mañana para poder conseguir algún ingreso para ella y su madre."

Descendiendo los criterios jurisprudenciales ut supra al caso concreto se puede establecer que:

En cuanto al elemento del daño antijurídico definido como el menoscabo o perjuicio que sufre la víctima en su patrimonio o en sus derechos personalísimos, **sin tener el deber jurídico de soportarlo**, según lo expuesto por la parte actora, el supuesto daño devino como consecuencia de la negativa del ente territorial de reconocer la pensión de sobrevivientes.

Se puede decir que tal daño no se encuentra configurado, pues toda persona que se crea con derecho de reclamar un beneficio pensional conforme a los hechos facticos descritos debe agotar la reclamación en sede administrativa, en donde conforme a la valoración de los hechos, las normas del momento y lineamientos jurisprudenciales se podrá negar o acceder a la solicitud, y para el caso que nos ocupa tal decisión negativa no impuso una carga mayor a la normal, pues es claro que el difunto se encontraba casado con una relación vigente y nunca modificó la información ante la entidad, de tal forma que no puede la demandante excusarse en el hecho de que para la época era muy difícil divorciarse, o que por ser mal visto estar en convivencia, y que por "eso es que la señora Holguín no aparece en ningún documento de la Gobernación". Situación que a la postre llevó a la entidad pagadora de la pensión a negar en cabeza de la señora Luz Mary Prado el reconocimiento de la pensión, en consideración a que quien figuraba en los archivos de la entidad era su cónyuge supérstite, Sra. Holguín, lo que obligaba a que la situación se revisara en sede judicial donde se goza de potestades distintas a las que podría tener la entidad pagadora.

Por otra parte, dentro de los elementos que configuran la responsabilidad, se encuentra que debe existir una acción u omisión atribuible al Estado; **situación que no se vislumbra en el presente caso, pues una vez se realizó la solicitud del pago de la pensión la misma fue atendida, no obstante a que la decisión fuera negativa**, según lo explicado en

precedencia y lo que resultaba pertinente una vez agotada la vía administrativa era promover ante la instancia judicial competente y decidir su derecho, etapa que entre otras cosas se hizo mucho después de que se negara el respectivo reconocimiento, pues el recurso de apelación por no concederse la pensión corresponde a fecha de 22 de marzo de 2007, solo por segunda vez se realiza petición ante el ente territorial con fecha 25 de noviembre de 2010 y la demanda fue radicada el 15 de abril de 2011 ante el Tribunal Administrativo de Valle del Cauca. Tiempo durante el cual pudo tener los padecimientos aquí alegados y que de ningún modo pueden ser vistos como consecuencia de la negación al beneficio pensional, pues nadie puede alegar su propia culpa para establecer responsabilidad en cabeza del Estado, esto es que hubo omisión por parte de la demandante al no ejercitar su derecho a reclamar oportunamente.

En consecuencia y de acuerdo con lo anterior no existe una relación de causalidad entre el daño alegado y la acción u omisión imputable que es el tercer elemento por evaluar, en suma, para este Despacho Judicial no existe responsabilidad del Departamento del Valle del Cauca.

Costas.

No se condenará en costas a la parte vencida en este proceso, al no advertirse actuación temeraria o de mala fe de su parte que justifique su imposición. (Art. 171 del C.C.A.).

En razón a las anteriores consideraciones, el Juzgado Veinte Administrativo Mixto del Circuito Judicial de Cali, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: INAPLICAR por inconstitucional la expresión "*su viuda*" contenida en el artículo 1º de la ley 33 de 1973 y la inaplicación de la expresión "*No se admitirá la calidad de compañera permanente*", del artículo 54 del Decreto Nacional 1045 de 1978, en el sentido de que el derecho a la pensión de sobrevivientes ahí consagrado comprende a la compañera permanente desde la entrada en vigor de la Constitución de 1991.

SEGUNDO: DECLARAR que la señora Aura Holguín no tiene derecho a la pensión de sobrevivientes con ocasión del fallecimiento del señor Rafael Vargas Chacón, por las razones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

TERCERO: DECLARAR LA NULIDAD de los actos administrativos contenidos en las Resoluciones No. 1426 de octubre 2 de 2006, No. 527 de febrero 23 de 2007 y No. 072 de 22 de marzo de 2007, emitidos por el Departamento del Valle del Cauca, mediante los cuales se le niega el derecho de la pensión de sobrevivientes a la señora Luz Mary Prado.

CUARTO: A título de restablecimiento del derecho, **CONDENAR** al Departamento del Valle del Cauca, reconocer y pagar la pensión de sobreviviente del extinto Rafael Vargas Chacón, en un equivalente al cien por ciento (100%) en forma vitalicia a favor de la señora Luz Mary Prado

identificada con cédula de ciudadanía No. 31.418.425, en su calidad de compañera permanente, desde el día 25 de noviembre de 2007, conforme a las consideraciones de precedencia.

QUINTO: Las anteriores sumas deberán ser liquidadas, de conformidad con las normas vigentes al momento de su causación, y serán reajustados de acuerdo con la fórmula señalada en la parte motiva de esta providencia. La parte demandada se encuentra habilitada para deducir el porcentaje correspondiente a los aportes con destino al sistema de seguridad social en salud.

SEXTO: DECLARAR probada la excepción de prescripción de las mesadas pensionales, causadas con anterioridad al **25 de noviembre de 2007**, acorde con lo dicho en la parte motiva de esta sentencia.

SÉPTIMO: NO CONDENAR en costas a la parte vencida dentro del presente litigio.

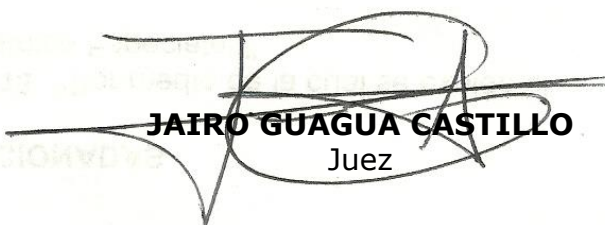
OCTAVO: DENEGAR las demás pretensiones de la demanda.

NOVENO: Esta sentencia, se cumplirá en los términos de los artículos 176, 177 y 178 del C.C.A.

DÉCIMO: La Secretaría devolverá al interesado los remanentes de los gastos ordinarios del proceso si los hubiere, dejándose constancia de dicha entrega.

DÉCIMO PRIMERO: En firme la presente providencia, archívese el expediente.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


JAIRO GUAGUA CASTILLO
Juez