

República de Colombia
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL TOLIMA
MAGISTRADO PONENTE Dr. CARLOS ARTURO MENDIETA RODRÍGUEZ

Ibagué, siete (7) de abril de dos mil veintidós (2022)

Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
 Radicación: No. 73001-23-33-000-2019-00348-00
 Demandante: LUZ STELLA RIVERA
 Demandado: NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL
 Asunto: Sentencia de primera instancia

La señora **LUZ STELLA RIVERA**, obrando a través de apoderado judicial, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, promovió demanda contra la Nación- Ministerio de Defensa – Ejército Nacional, con el fin que se hagan las siguientes:

I. DECLARACIONES Y CONDENAS¹

I.1. Que se declare la nulidad parcial de la Resolución No. 0561 del 27 de febrero de 2019 y la nulidad total de la Resolución No. 1891 del 8 de mayo de 2019, a través de las cuales el Ministerio de Defensa Nacional resolvió desfavorablemente la solicitud de sustitución de pensional elevada por la señora Luz Stella Rivera con ocasión del fallecimiento del causante José Capitolino Borray.

I.2. Que, como consecuencia de lo anterior, a título de restablecimiento del derecho, se ordene al Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional, conceder a favor de la demandante el 100% del derecho a la pensión de sobrevivientes, causado en virtud del fallecimiento de su compañero permanente JOSE CAPITOLINO BORRAY, a partir del 22 de enero de 2017.

I.3. Que se condene al Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional, al pago de intereses moratorios de acuerdo a lo establecido en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

I.4. Que se condene al Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional al pago de costas y agencias en derecho.

II. HECHOS

Como hechos relevantes de la demanda se relacionaron los siguientes:

¹¹ Ver fijación del litigio folios 249-250.

II.1. Que la demandante presentó solicitud de reconocimiento de pensión de sobrevivientes con ocasión al fallecimiento del señor JOSE CAPITOLINO BORRAY, el 15 de noviembre de 2018 ante la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares (CREMIL).

II.2. Que CREMIL el 26 de noviembre de 2018 hizo traslado de la solicitud por competencia a la Coordinadora del Grupo de Prestaciones Sociales del Ministerio de Defensa Nacional.

II.3. Que el 28 de marzo de 2019 se notificó por aviso al apoderado judicial de la actora el contenido de la Resolución No. 0561 del 27 de febrero de 2019, con la cual se negó el reconocimiento y pago de la sustitución pensional a favor de la señora Luz Stella Rivera.

II.4. Que contra la anterior decisión se presentó recurso de reposición, remitido por correo certificado el 9 de abril de 2019.

II.5. Que la señora Luz Stella Rivera convivió con el señor José Capitolino Borray desde el año 1968 ininterrumpidamente hasta el día de fallecimiento del causante.

II.6. Que como consecuencia de su relación tuvieron dos (2) hijos, de nombres Diana Marcela Borray Rivera de 47 años y James Borray Rivera de 49 años de edad.

II.7. Que la demandante en los años 80 tuvo otra relación no duradera, en virtud de la cual engendró a Katerine Rico Rivera, quien creció junto a sus hermanos y su abuela María Emma Rivera.

II.8. Que el señor JOSE CAPITOLINO BORRAY convivía paralelamente con su cónyuge señora MARIA EMMA RIVERA, madre a su vez de la demandante, quien falleció el 22 de agosto de 2012.

II.9. Que desde el año 1991 la demandante y la señora María Emma Rivera convivieron con el señor José Capitolino Borray cada una con su lecho, bajo el mismo techo, y en la misma mesa, de forma continua hasta la muerte del señor Borray.

II.10. Que luego de la muerte de la señora MARIA EMMA RIVERA el 22 de agosto de 2012, la demandante Luz Stella Rivera se hizo cargo completamente del señor José Capitolino Borray, desempeñándose como ama de casa al cuidado de sus tres (3) hijos, y de su compañero permanente el señor JOSE CAPITOLINO BORRAY.

II.11. Que la demandante únicamente se encargaba del cuidado de su compañero y de las labores del hogar.

II.12. Que el señor José Capitolino Borray falleció el 22 de enero de 2017.

III. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN²

El apoderado judicial de la parte demandante refiere que los actos administrativos acusados infringen lo dispuesto en la Ley 860 de 2003.

Refirió que la señora Luz Stella Rivera, es merecedora del beneficio de la pensión de sobrevivientes del señor José Capitolio Borray (q.e.p.d.), toda vez que cumple con los requisitos establecidos en la Ley 860 de 2003, debido a que desde 1991, reinició su convivencia continua e ininterrumpida con el de cujus; en primera medida la convivencia de manera paralela con la señora María Emma Rivero (q.e.p.d.) hasta el año 2012 fecha en la que la misma muere, y luego la convivencia de forma exclusiva hasta la fecha de la muerte del señor Borray, cumpliendo con los preceptos en la Ley 54 de 1990, modificada por la Ley 979 de 2005.

IV. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Dentro del término de traslado contemplado en el artículo 172 de la Ley 1437 de 2011, la entidad demandada se opuso a las pretensiones demandatorias y además señaló³:

“...frente al tema objeto de estudio, según las normas legales no es posible otorgar EL RECONOCIMIENTO Y PAGO DE LA SUSTITUCIÓN PENSIONAL A LA PARTE ACTORA, por cuanto no reúne los requisitos contemplados en el ART. 121 DEL DECRETO 1214 DE 1990, normatividad vigente y aplicable para el caso objeto de estudio...

(...) de acuerdo a lo que se extracta de los actos a impugnar, la parte actora (LUZ STELLA RIVERA) no acredita en debida forma su condición de compañera permanente, situación fáctica que el ente que represento no está en la obligación de probar, ni obviar lo dispuesto en la norma, por cuanto estaría extralimitándose de sus funciones, ahora bien, nótese que la parte actora allega en sede administrativa declaraciones extra procesos, sin el lleno de los requisitos de ley.

Por lo tanto la parte actora lo que pretende es que se declare la nulidad de las decisiones de la administración, aduciendo que se debe reconocer el derecho impetrado para obtener el pago de la sustitución de la pensión de jubilación, por considerar que tiene mejor derecho para reclamar, pero no allega los documentos idóneos que le acrediten tal condición, a la luz de la ley 54 de 1990 modificada por la ley 979 de 2005, esto es, la existencia de la comunidad, de vida permanente y singular.

El ente que represento no es la autoridad judicial competente para declarar la condición de compañera permanente, que pretende acreditar la parte actora, luego el actuar del ente que represento estuvo justificado razonadamente en las normas que regulan los derechos pensionales de los miembros de la fuerza pública y en los hechos debidamente acreditados en el proceso administrativo.

² Ver folios 06-07.

³ Ver folios 95-105

Finalmente, los actos administrativos objeto de impugnación expedidos por el Ministerio de Defensa Nacional, son actos administrativos que gozan de presunción de legalidad por ser expedidos por funcionarios competentes y con el lleno de las formalidades legales.”

V. TRÁMITE PROCESAL

El libelo introductorio fue admitido a través de auto fechado 23 de agosto de 2019 (folio 83); vencido el término de traslado⁴, con providencia del 25 de noviembre de 2020 se fijó fecha para audiencia inicial (Fol. 235), la cual se llevó a cabo el 18 de enero de 2021⁵, y en ella se surtió el saneamiento del proceso, la verificación de los requisitos de procedibilidad, se fijó el litigio, se surtió la etapa de conciliación sin llegar una fórmula de arreglo, y finalmente se resolvió sobre el decreto de pruebas. Luego, el 05 de marzo de 2021 se adelantó la audiencia de pruebas recepcionando la testimonial decretada y finalmente, al considerarse innecesario el adelantamiento de la audiencia de alegaciones y juzgamiento, se ordenó a las partes la presentación por escrito de los alegatos de conclusión⁶, derecho del que hizo uso el extremo demandante (Fol. 266), y la Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional (Fol.261-264).

VI. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

Dentro del término concedido, el agente del Ministerio Público delegado ante esta Corporación presentó concepto en el que solicitó declarar la nulidad de los actos administrativos demandados, y en consecuencia ordenar a la entidad demandada a reconocer y a pagar a la señora Luz Stella Rivera la sustitución pensional de la pensión que en vida disfrutaba el señor José Capitolino Borray.

Concretamente señaló:

“Para esta vista fiscal, de acuerdo a las pruebas arrimadas y recaudadas en el proceso, se puede tener como hechos probados que: la señora Luz Stella Rivera nacida el 10 de junio de 1953, es hija de la señora María Emma Rivera, ésta última contrajo matrimonio el día 10 de septiembre de 1958 con el señor José Capitolino Borray; conviviendo inicialmente el señor Borray y la señora María Emma Rivera, con los hijos comunes de la pareja y la entonces menor Luz Stella Rivera. El señor Borray, inició convivencia de pareja también con la entonces menor Luz Stella Rivera, quien producto de esa relación quedó embarazada y nació el hoy señor James Borray Rivera, el día 27 de noviembre de 1970, fecha para la cual la demandante tenía 17 años, es decir, que la relación marital con el causante la inició la demandante antes; por lo menos el embarazo tuvo lugar cuando ella apenas tenía 16 años de edad. Posteriormente, el 29 de noviembre de 1972 da a luz la señora Luz Stella Rivera, a la hija común Diana Marcela Borray Rivera del causante y la demandante. La señora Luz Stella Rivera, con otra relación procrea a KATERINE RICO RIVERA, quien es criada en el hogar conformado por las señoras María Emma Rivera y Luz Stella Rivera cónyuge y compañera permanente respectivamente del señor José Capitolino Borray y los demás hijos del causante y su cónyuge y la compañera permanente aquí demandante. Que la convivencia marital común y simultánea, entre el señor José

⁴ Ver folio 230.

⁵ Folios 248-252.

⁶ Ver folio 255-258.

Capitolino Borray y las señoras María Emma Rivera y Luz Stella Rivera, tuvo lugar hasta el 22 de agosto de 2012, fecha de fallecimiento de la señora María Emma Rivera; a partir de dicha fecha continuó la convivencia marital entre el señor José Capitolino Borray y la señora Luz Stella Rivera, tuvo lugar hasta el 22 de enero de 2017, fecha de fallecimiento del causante.

Además, se tiene que según los dichos de los testigos, la señora Luz Stella Rivera durante la vigencia de la unión marital de hecho fungió como ama de casa y quien aportaba los recursos económicos líquidos para el sostenimiento del hogar era el señor José Capitolino Borray.

Amén de lo sui generis, de la situación vivida por la demandante, para esta vista fiscal, las pruebas recaudadas en el proceso, generan la certeza de que entre la hoy señora Luz Stella Rivera y el señor José Capitolino Borray, existió una unión marital de hecho, que duró hasta el fallecimiento del señor Borray, de cuya unión procrearon a los hoy mayores de edad James Borray Rivera y José Capitolino Borray.

Lo anterior es suficiente para solicitar la nulidad de los actos administrativos demandados y en consecuencia ordenar a la entidad demandada a reconocer y pagar a la demandante señora Luz Stella Rivera, la sustitución de la pensión que en vida percibía su compañero permanente el señor José Capitolino Borray, derecho que se debe reconocer desde el 23 de enero de 2017, día siguiente al fallecimiento del causante; así mismo el reconocimiento y pago debidamente indexado del retroactivo pensional, causado desde la causación del derecho hasta que se inicie el pago regular de las mesadas de la pensión sustituida. Pero las demás pretensiones de la demanda deben despacharse desfavorablemente.”

VII. CONSIDERACIONES

VII.1. Competencia

Es competente esta Corporación para conocer del presente asunto en primera instancia de conformidad a lo previsto en la cláusula general de competencia consagrada en el inciso 1º del artículo 104 del C.P.A.C.A., así como en lo dispuesto en los artículos 152 numeral 2º⁷ y 156 numeral 3º *ibídem*.

VII.2. Problema jurídico a resolver:

De conformidad con los hechos y pretensiones relacionadas, **el problema jurídico a resolver consiste en determinar** si la señora LUZ STELLA RIVERA acredita la calidad de compañera permanente del causante José Capitolino Borray (Q.E.P.D.), y en consecuencia tiene derecho a que el Ministerio de Defensa Nacional le reconozca y pague la sustitución de la pensión de jubilación de la cual era titular éste, a partir del 22 de enero de 2017, fecha en que falleció; es decir, se establecerá si los actos administrativos acusados contenidos en las Resoluciones Nos. 0561 del 27 de febrero de 2019 y 1891 del 8 de mayo de 2019, se encuentran o no ajustados a derecho.

⁷ Sin las modificaciones de la Ley 2080 de 2021, teniendo en cuenta que inició el trámite antes de su vigencia.

VII.3. Régimen jurídico de la tacha de los testimonios.

En el curso de la audiencia de pruebas adelantada el 5 de marzo de 2021, la apoderada judicial de la Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional, promovió tacha contra la testigo DIANA MARCELA BORRAY RIVERA, argumentando que ante el parentesco que ostenta con la demandante (hija), su versión no resulta objetiva.

Conforme con lo expuesto, corresponde a la Sala determinar la procedencia de la tacha del testimonio, siguiendo las reglas que trae el artículo 211 del Código General del Proceso, el cual preceptúa:

“Imparcialidad del testigo. Cualquiera de las partes podrá tachar el testimonio de las personas que se encuentren en circunstancias que afecten su credibilidad o imparcialidad, en razón de parentesco, dependencias, sentimientos o interés en relación con las partes o sus apoderados, antecedentes personales u otras causas. La tacha deberá formularse con expresión de las razones en que se funda. El juez analizará el testimonio en el momento de fallar de acuerdo con las circunstancias de cada caso”.

De la norma transcrita se tiene que, para la procedencia de la tacha de un testigo por parcialidad, la parte que lo solicite debe fundamentar su petición, detallando las razones que afectan su credibilidad, lo cual fue sustentado por el profesional del Derecho que representa los intereses del extremo demandado. Bajo este hilo conductor, esta Colegiatura al momento de hacer la valoración probatoria, determinará conforme con las reglas de la sana crítica y de manera conjunta con los demás medios probatorios obrantes en el expediente, el valor del testimonio rendido bajo un análisis riguroso.

Vale decir que la tacha de un testigo no hace improcedente la recepción de su declaración ni su valoración, sino que exige del juez un análisis más severo para determinar el grado de credibilidad que ofrece y cerciorarse de su eficacia probatoria.

VII.4. Hechos Probados

Teniendo en cuenta las pruebas allegadas en debida forma a las presentes diligencias, encontramos como hechos probados los siguientes:

- Que el señor José Capitolino Borray nació el 03 de abril de 1923 y falleció el 22 de enero de 2017 (Fol. 16 -17).
- Que ante la Notaría Cuarta de Ibagué Tolima se registró el 10 de septiembre de 1998, el matrimonio celebrado entre el señor José Capitolino Borray y la señora María Emma Rivera.
- Que la señora Luz Stella Rivera es hija de María Emma Rivera y nació el 10 de junio de 1953 (Fol. 18)
- Que James Borray Rivera nacido el 27 de noviembre de 1970 y Diana Marcela Borray Rivera nacida el 29 de noviembre de 1972, son hijos de Luz Stella Rivera y José Capitolino Borray (Fol. 19-20).

- Que la señora María Emma Rivera falleció el 22 de agosto de 2012 (Fol. 21).
- Que el señor José Capitolino Borray devengaba pensión mensual de jubilación, reconocida por el Ministerio de Defensa Nacional mediante Resolución No. 3564 del 24 de mayo de 1989, por los servicios prestados como personal civil del Ejército Nacional, con efectos fiscales a partir del 16 de junio de 1988 (Fol. 33-35).
- Que el 19 de noviembre de 2018 la señora Luz Stella Rivera solicitó al Ministerio de Defensa Nacional el reconocimiento y pago de la sustitución de asignación mensual de retiro del causante José Capitolino Borray, alegando la calidad de compañera permanente supérstite (Fol. 166-172).
- Que mediante Resolución 0561 del 27 de febrero de 2019, la Directora Administrativa del Ministerio de Defensa Nacional negó el reconocimiento y pago de la sustitución de la pensión de jubilación del señor José Capitolino Borray a favor de la señora Luz Stella Rivera (Fol. 54 al 58).
- Que contra la anterior decisión la señora Luz Stella Rivera promovió recurso de reposición y en subsidio de apelación (Fol. 61-62).
- Que a través de la Resolución 1891 de 08 de mayo de 2019 la Directora Administrativa del Ministerio de Defensa Nacional confirmó en todas sus partes el acto administrativo No. 0561 del 27 de febrero de 2019 e indicó que no era procedente el recurso de apelación (Fol. 74 al 77).
- Que en declaración extra proceso rendida el 12 de septiembre de 2018 ante la Notaría Sexta del Círculo de Ibagué, la señora Diana Marcela Borray Rivera, declaró que entre su padre José Capitolino Borray y su madre Luz Stella Rivera existió una convivencia en unión libre, compartiendo techo lecho y mesa sin ninguna interrupción hasta el día del fallecimiento del primero, ocurrido el 22 de enero de 2017. Preciso igualmente que su madre se desempeñaba como ama de casa, y dependía total y económicamente del señor José Capitolino (Fol. 44-45).
- Que en declaraciones extra proceso rendidas el 12 de septiembre de 2018 ante la Notaría Sexta del Círculo de Ibagué, los señores María Solyd Risueño Ardila y Jhon Jairo Cabrera López refirieron conocer a la señora Luz Stella Rivera por un periodo superior a 20 años, constándole la convivencia en unión libre que aquella sostenía con el señor José Capitolino Borray, compartiendo techo, lecho y mesa sin interrupción hasta el día de la muerte de aquel, habiendo procreado de tal unión a sus dos hijos Diana Marcela y James Borray Rivera; además indicaron que ella dependía económicamente del causante. (Fol. 46-47).

VII.5 Prueba testimonial recaudada.

Dentro de la audiencia de pruebas realizada el día 5 de marzo de 2021, se recepcionaron los siguientes testimonios⁸:

- ***Jhon Jairo Cabrera López***

Manifestó conocer desde el año 1996 a la señora Luz Stella Rivera y su convivencia hasta la muerte con el señor José Capitolino Borray, con quien procreó dos hijos de nombres James y Diana Marcela Borray Rivera, esta última con quien sostiene una relación amorosa. Refirió que inicialmente empezó una relación de amistad con Pedronel Borray, hijo de José Capitolino y en virtud a ello continuamente visitaba su lugar en el que vivían José Capitolino Borray, María Emma Rivera, Luz Stella Rivera, James Borray, Diana Marcela Borray Rivera y el mencionado Pedronel Borray.

Precisó que para el año 1996 que conoció la familia, la señora María Emma Rivera le fue presentada como la esposa del señor José Capitolino, pero posteriormente, cuando se afianzó la relación con Diana Marcela Borray Rivera y tuvieron un grado mayor de confianza, ésta le aclaró la relación afectiva que existía entre éste y su madre Luz Stella Rivera, precisando que era un tema sobre el que se guardaba mucho hermetismo dada la relación de consanguinidad existente entre las dos, motivo por el cual muy pocas personas lo conocían.

Expuso que si bien la señora María Emma Rivera aparecía como la cónyuge del causante, esa era una situación meramente formal pues nunca estaba en la casa, permanecía en la ciudad de Bogotá con otra hija; la que siempre estaba pendiente de las cosas que necesitaba el señor José Capitolino, tales como los alimentos, citas médicas, ropa, aseo, entre otras, era la demandante Luz Stella.

Refirió que a partir de la muerte de la señora María Emma Rivera se formalizó y se afianzó aún más la relación entre ellos; no obstante, ya compartían lecho y techo, brindándole la señora Luz Stella Rivera al causante apoyo emocional y afectivo hasta el momento en que faltó.

Precisó que la demandante junto con su hija Diana Marcela siempre estuvieron pendientes de las condiciones de salud y cuidado de José Capitolino, ya que cada día eran más desfavorables y le impedían valerse por sí mismo.

- ***María Solyd Risueño Ardila***

Manifestó conocer a la familia del señor José Capitolino Borray desde el año 1991 en razón a una relación de amistad con Diana Marcela a quien frecuentaba en su casa de habitación. Indicó que el tema de pareja entre el causante y la señora Luz Stella era un secreto familiar que vino a conocer mucho tiempo después de haber iniciado la amistad con Diana Marcela, quien en una noche de copas decidió contarle quien era realmente su padre y el de su hermano James.

Precisó que fue la señora Luz Stella en compañía de Diana Marcela quienes dedicaron todo su tiempo a asistir, cuidar y proteger al causante dadas las diferentes patologías que presentaba que le impedían valerse por sí mismo.

⁸ Ver folios 255-258 del expediente.

Expuso que la relación entre la señora María Emma y el señor José Capitolino era muy regular, ya que ella casi nunca permanecía en la casa, mantenía de viaje en la ciudad de Bogotá donde vivía una de sus hijas.

Aclaró que siempre ha estado en contacto con Diana Marcela y frecuentemente visitaba su casa, ya que ahora por la pandemia se ha restringido un poco, percatándose que el causante compartía habitación con la señora Luz Stella, con quien a partir de la muerte de la señora María Emma tuvo más acercamiento; precisando que siempre era ella la encargada de la alimentación, cuidado, y en general de todas sus cosas hasta el último día de vida.

- ***Diana Marcela Borray Rivera***

Indicó que sobre todo los últimos años de vida del señor José Capitolino Borray y luego de la muerte de María Emma Rivera, ha sido la señora Luz Stella Rivera la que estuvo pendiente de las cosas de la casa y de las atenciones para él, máxime cuando requería de muchos cuidados; así mismo precisó que desde siempre fue su compañera permanente, compartiendo lecho y techo, como lo hace una familia normal.

Refirió que su abuela María Emma mantenía por largas temporadas en la ciudad de Bogotá donde una hija que vivía allí, y cuando estaba en Ibagué se la pasaba en una organización religiosa a la cual pertenecía. Así mismo precisó que luego de su muerte, la relación entre el señor José Capitolino y Luz Stella se afianzó aún más, y era un poco más pública.

Precisó que era el señor José Capitolino quien respondía económicamente por el hogar conformado con Luz Stella y ella.

Finalmente expuso que sólo en los últimos meses de vida del señor José Capitolino dejaron de compartir el lecho, teniendo en cuenta que debieron acondicionar otro cuarto con una cama cuna con barandas, dada la difícil situación de salud que padecía, que inclusive le impedía tener visitas. Insistió en el hecho según el cual su madre acompañó al causante hasta los últimos días de vida, prodigándole amor y cuidado.

VII.6. De la naturaleza jurídica de la sustitución pensional.

La Constitución Política de 1991 en su artículo 48 consagró la seguridad social como un servicio público de carácter obligatorio, que se deberá prestar bajo la dirección, coordinación y control del Estado, teniendo como principios orientadores la eficiencia, la universalidad y la solidaridad.

Atendiendo tales principios, la jurisprudencia de la Honorable Corte Constitucional ha señalado que *“la sustitución pensional responde a la necesidad de mantener para sus beneficiarios, al menos el mismo grado de seguridad social y económica con que contaban en vida del pensionado o del afiliado fallecido, que al desconocerse puede significar, en no pocos casos, reducirlos a una evidente desprotección y posiblemente a la miseria”*.⁹⁹

⁹⁹ Sentencia C-111 de febrero 22 de 2006, M. P. Rodrigo Escobar Gil.

En el mismo sentido, la guardiana de la Constitución mediante sentencia T-701 de 22 de agosto de 2006, sostuvo que:

“(...) tiene como finalidad evitar “que las personas allegadas al trabajador y beneficiarias del producto de su actividad laboral queden por el simple hecho de su fallecimiento en el desamparo o la desprotección” y, por tanto, “busca impedir 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.

(...).”.

Por su parte, el Máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo ha señalado al respecto:

*“La Jurisprudencia ha reiterado que el derecho a la sustitución pensional está instituido como un mecanismo de protección a los familiares del trabajador pensionado, **ante el posible desamparo en que puedan quedar por razón de la muerte de éste**, pues al ser beneficiarios del producto de su actividad laboral, traducido en la mesada pensional, dependen económicamente de la misma para su subsistencia. Este derecho es una protección directa a la familia, cualquiera que sea su origen o fuente de conformación.”¹⁰ (Negrilla fuera del texto original)*

En providencia más reciente precisó:

“La muerte constituye una contingencia del sistema de seguridad social, en cuanto la ausencia definitiva de la persona que atendía el sostenimiento del grupo familiar, dejando en situación de desamparo a los integrantes del mismo.

En efecto, con la finalidad de atender dicha contingencia derivada de la muerte, el legislador ha previsto la pensión de sobreviviente cuya finalidad, no es otra que suplir la ausencia repentina del apoyo económico que brindaba el empleado 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.

En este contexto, el derecho a la seguridad social crea la noción de “beneficiario de pensión” que difiere del concepto general de “heredero o causahabiente” previsto en el derecho civil.

Los herederos de una persona que fallece, son sus descendientes o ascendientes, sin importar el grado de dependencia económica con el fallecido. Los beneficiarios de pensión son las personas que se encontraban en situación de dependencia de la persona que fallece. Es claro, entonces, que todo beneficiario de pensión es también heredero del causante, pero los herederos no necesariamente son beneficiarios de la pensión. ¹¹”

¹⁰ Sentencia del 3 de marzo de 2011 C.P. Luis Rafael Vergara Quintero Interno 5470-05.

¹¹ Consejo de Estado – Sección Segunda – Subsección B. Expediente No. 25000-23-25-000-2009-00467-01 (2769-12). Sentencia de 5 de diciembre de 2013. Magistrado Ponente: Gerardo Arenas Monsalve. Actor: Hugo Guerrero Cáceres - contra – Ministerio de Educación Nacional.

Así las cosas, es claro que el fin último de la pensión de sobrevivientes es proteger al grupo familiar del causante para que no quede desamparado luego de su fallecimiento y puedan mantener su nivel de vida en condiciones congruas. En otras palabras, lo que se persigue es evitar la **desestabilización social y económica de la familia como consecuencia de la muerte de quien estaba a cargo de proveer el sustento**.

VII.7. Caso concreto

En el presente asunto encontramos que la señora Luz Stella Rivera, alegando la condición de compañera permanente, pretende el reconocimiento y pago de la sustitución de la pensión de jubilación que en vida disfrutaba el señor José Capitolio Borray, por los servicios prestados como Adjunto Jefe del Ministerio de Defensa Nacional, y que le fue reconocida por tal entidad a través de la Resolución No. 3564 del 24 de mayo de 1989.

A efectos de resolver lo pertinente, es necesario indicar que al pretenderse el reconocimiento de la sustitución de la pensión de jubilación, se debe acudir a las normas que regulaban la situación al momento del fallecimiento del causante, ya que son las que consolidaron la situación jurídica particular alegada. En estos términos lo ha referenciado el H. Consejo de Estado al indicar:

“las normas que gobiernan la sustitución pensional debatida son las vigentes al momento del deceso del causante, esto es, a 28 de marzo del 2000 según da cuenta el certificado de defunción visible a folio 2 del expediente, pues es éste el momento a partir del cual nace el derecho para los beneficiarios del pensionado”¹².

En este sentido para el 22 de agosto de 2017, fecha de la muerte del causante, la disposición vigente con relación a la sustitución pensional, teniendo en cuenta el régimen jurídico que amparó el derecho del señor José Capitolino Borray -personal civil del Ministerio de Defensa-, es la contenida en el Decreto 1214 de 1990 *“Por el cual se reforma el estatuto y el régimen prestacional civil del Ministerio de Defensa y la Policía Nacional”*, en cuyos artículo 124 y 125 señala:

“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. Para los demás beneficiarios por el término de cinco (5) años.

¹² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, sentencia de 2 de octubre de 2008, radicación número: 25000-23-25-000-2002-06050-01(0363-08), Consejero ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren

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.”*
(Subraya fuera del texto original)

“ARTÍCULO 125. EXTINCION DE PENSION. *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.”

De la anterior disposición se deriva, que dentro del orden de beneficiarios de la sustitución pensional no está señalada la compañera permanente del pensionado fallecido; sin embargo, ha de entenderse que está contemplada en dicho orden, por mandato del artículo 13¹³ y 42 de la Constitución Política.

En este sentido, la Sección Segunda del Honorable Consejo de Estado mediante sentencia de 28 de agosto de 2003, C.P. Dr. Jesús María Lemos Bustamante, al definir la sustitución pensional en el régimen prestacional de la Fuerza Pública, precisó:

“(…) Este cambio consiste en que debe reconocerse a la compañera permanente el derecho a la sustitución pensional. Los artículos 13 y 42 de la Constitución Política permiten afirmar la legitimidad de la compañera

¹³ “(…) 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).

permanente para reclamar su derecho a la sustitución pensional. Ella goza de los mismos derechos prestacionales que le corresponden a la cónyuge supérstite, posición que fue afirmada por los desarrollos normativos ulteriores en materia de régimen de personal de la Policía Nacional.

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

(...)

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

“Se agrega a lo anterior que otras disposiciones de alcance general ya reconocían a la compañera permanente como beneficiaria de la sustitución pensional, tal como aparece en las leyes 12 de 1975 (artículo 1º), 113 de 1985 (artículo 2º), 71 de 1988 (artículo 3º) y 100 de 1993 (artículo 74). Estos desarrollos normativos permiten advertir una tendencia muy clara del derecho colombiano respecto al reconocimiento pleno de los derechos de los compañeros permanentes”¹⁴.

Posteriormente indicó la Alta Corporación¹⁵:

“A partir de la Constitución Política de 1991, ha sido reiterada la jurisprudencia de la Corte Constitucional y de esta Corporación, en señalar que la nueva Carta estableció un marco jurídico constitucional que reconoce y protege tanto a la familia formada por vínculos legales como a la natural, que se da por la convivencia de la pareja. Esta protección de la familia matrimonial y extramatrimonial se da en todos los campos del derecho: en familia, penal, civil, laboral, etc.

*En ese sentido **no puede ser admisible, entonces, que el régimen especial que rige para los empleados del Ministerio de Defensa o de la Policía Nacional, excluya a las compañeras permanentes como beneficiarias del derecho a la sustitución pensional; pues ello sin lugar a dudas, infringe los artículos 13 y 42 de la Constitución Política**, ya que además de que no existe un fundamento objetivo, racional y razonable que justifique la diferencia en el tratamiento de la sustitución pensional, **desconoce la protección que la Carta Magna le da a la familia formada por vínculos naturales; es decir por la voluntad***

¹⁴ Referencia: 200012331000199803804 01 No. Interno: 6082-2002 Actor: María Quintina García Castilla.

¹⁵ Consejo de Estado Sección Segunda - Subsección "A", Consejera ponente: ANA MARGARITA OLAYA FORERO, providencia del catorce (14) de junio de dos mil siete (2007). Radicación número: 25000-23-25-000-1999-06271-01(5214-05). Demandante: LIGIA MARULANDA OCHOA Demandado: MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL.

responsable de un hombre y una mujer para conformarla.” (Subraya fuera del texto original)

Por su parte, la Honorable Corte Constitucional con relación a este asunto ha precisado:

*«[...] Cabe mencionar que esta Corporación ha sido enfática en afirmar que los derechos de la seguridad social se extienden tanto a cónyuges como a compañeros permanentes y que respecto de su reconocimiento puede llegar a producirse un conflicto entre los potenciales titulares del mismo. En ese caso, se ha establecido legalmente que el factor **determinante para dirimir la controversia está dado por el compromiso de apoyo afectivo y de comprensión mutua existente entre la pareja al momento de la muerte del trabajador pensionado.** Así lo recordó esta Corporación:*

“En lo que respecta específicamente a la sustitución pensional entre compañeros permanentes, es importante reconocer que la Constitución Política le ha reconocido un valor significativo y profundo a la convivencia, al apoyo mutuo y a la vida en común, privilegiándola incluso frente a los rigorismos meramente formales. En ese orden de ideas, es posible que en materia de sustitución pensional prevalezca el derecho de la compañera o compañero permanente en relación al derecho de la esposa o esposo, cuando se compruebe que el segundo vínculo carece de las características propias de una verdadera vida de casados, -vg. convivencia, apoyo y soporte mutuo-, y se hayan dado los requisitos legales para suponer válidamente que la real convivencia y comunidad familiar se dio entre la compañera permanente y el beneficiario de la pensión en los años anteriores a la muerte de aquel. En el mismo sentido, si quien alega ser compañera (o) permanente no puede probar la convivencia bajo un mismo techo y una vida de socorro y apoyo mutuo de carácter exclusivo con su pareja, por dos años mínimo, carece de los fundamentos que permiten presumir los elementos que constituyen un núcleo familiar, que es el sustentado y protegido por la Constitución. Es por ello que no pueden alegar su condición de compañeras o compañeros, quienes no comprueben una comunidad de vida estable, permanente y definitiva con una persona, -distinta por supuesto de una relación fugaz y pasajera- en la que la ayuda mutua y la solidaridad como pareja sean la base de la relación, y permitan que bajo un mismo techo se consolide un hogar y se busque la singularidad, producto de la exclusividad que se espera y se genera de la pretensión voluntaria de crear una familia” [...]»¹⁶.

Así las cosas, la aplicación e interpretación de la mencionada normatividad debe hacerse atendiendo lo previsto en la Constitución Política de 1991, a partir de la cual

¹⁶ Corte Constitucional, sentencia T-199 de 26 de abril de 2016, magistrado ponente Jorge Iván Palacio.

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 han señalado en reiteradas oportunidades las Altas Cortes.

Los derechos a la seguridad social se predicán tanto de los cónyuges como de los compañeros permanentes, y en ese sentido, corresponde reconocer el derecho a percibir la prestación social, ante la ausencia del causante, por ende, en caso de conflicto entre los posibles titulares del derecho a la sustitución pensional, debe valorarse el auxilio o apoyo mutuo, la convivencia efectiva, la comprensión y la vida en común al momento de la muerte, que son los factores que legitiman el derecho reclamado, así como la dependencia económica de las potencialmente beneficiarias¹⁷.

Bajo este hilo conductor, es preciso señalar que para acceder al reconocimiento de la sustitución pensional, la señora Luz Stella Rivera deberá demostrar que en efecto hizo vida marital con el causante, elemento que según lo señalado por el Ministerio de Defensa en los actos administrativos atacados, no se acreditó de acuerdo a los parámetros que consagra la Ley 979 de 2005.

Sobre el asunto de la acreditación de la unión marital, es del caso precisar que, si bien la ley 979 de 2005, modificatoria de la Ley 54 de 1990, dispone que la existencia de la unión se declara: *“1. por escritura pública ante Notario por mutuo consentimiento de los compañeros permanentes, 2. por Acta de Conciliación suscrita por los compañeros permanentes, en centro legalmente constituido o 3. Por sentencia judicial, mediante los medios ordinarios de prueba consagrados en el Código de Procedimiento Civil, con conocimiento de los Jueces de Familia de Primera Instancia”*, la Corte Constitucional ha precisado que tal normativa no se refiere a la demostración de la existencia de la relación, sino a los mecanismos que tienen los compañeros para acreditar la conformación de la sociedad patrimonial, por lo que **la relación marital puede demostrarse a través de cualquier medio probatorio**¹⁸.

En ese orden, resulta necesario diferenciar tres eventos: i) la existencia de la unión marital de hecho que parte de la voluntad de los compañeros en hacer *“una comunidad de vida permanente y singular”*; ii) la declaración de existencia de la unión a través de escritura pública o acta de conciliación firmada por los compañeros o por sentencia judicial y iii) la presunción de conformación de una sociedad patrimonial entre compañeros cuando la unión marital se ha mantenido durante un lapso no inferior a dos años.

Así las cosas, la guardianía de la Constitución Política ha reiterado que para demostrar la existencia de la unión marital de hecho, contrario a lo alegado por la Nación- Ministerio de Defensa Nacional en los actos objeto de análisis de legalidad, opera un sistema de libertad probatoria en virtud del cual dicho vínculo puede

¹⁷ Sentencia del 10 de mayo de 2018 proferida por la Sección Segunda Subsección B del Consejo de Estado, Rado 201400165 01.

¹⁸ Corte Constitucional. Sentencia T-667-12. En igual sentido, ver sentencia C- 131 de 2018 y T- 247 de 2016.

acreditarse a través de cualquiera de los medios ordinarios de prueba previstos en el Código General del Proceso. En sentencia C-131 de 2018 concretamente señaló la Alta Corporación:

“15. Ahora bien, asunto diferente es la prueba de la unión marital. El artículo 4° de la Ley 54 de 1990, modificado por el artículo 2° de la Ley 979 de 2005, estableció que *“La existencia de la unión marital de hecho entre compañeros permanentes, se declarará por cualquiera de los siguientes mecanismos: 1. Por escritura pública ante Notario por mutuo consentimiento de los compañeros permanentes. 2. Por Acta de Conciliación suscrita por los compañeros permanentes, en centro legalmente constituido. 3. Por sentencia judicial, mediante los medios ordinarios de prueba consagrados en el Código de Procedimiento Civil, con conocimiento de los Jueces de Familia de Primera Instancia.”*

16. De una primera lectura podría considerarse que solo mediante tales elementos es posible demostrar la existencia de la unión marital de hecho. Sin embargo, la existencia de diferentes medios probatorios para demostrar la unión marital de hecho ha sido aceptada por la jurisprudencia de esta Corporación, tanto en sede de control abstracto como concreto. En efecto, en la **Sentencia C-521 de 2007** referida en el acápite anterior, esta Corporación expuso que para demostrar la unión marital de hecho, con el fin de afiliarse como beneficiario al compañero o compañera permanente al Plan Obligatorio de Salud, era suficiente una declaración juramentada ante notario. Asunto que se estableció en los siguientes términos (...)

17. En control concreto de constitucionalidad, la Corte ha aceptado el reconocimiento de otros medios probatorios diferentes de aquellos que conforme con la Ley 54 de 1990 sirven para declarar la unión marital. Así, en la **Sentencia T-489 de 2011**^[42] esta Corporación, para proteger los derechos invocados y ordenar el desacuartelamiento del conscripto, aceptó la validez probatoria de la declaración juramentada celebrada por los compañeros permanentes, así:

“Por otra parte, y a efectos de determinar si las autoridades militares han vulnerado los derechos fundamentales del accionante, al no permitir su desacuartelamiento pese a que alega encontrarse amparado por una causal de exención, observa la Sala que en el asunto sub examine existe un conflicto evidente entre la obligación del soldado Edwin Alexander Figueroa Calderón de prestar el servicio militar, y la situación particular de su compañera Gloria Asunción Parra Parra y de su hijo menor, pues ambos dependen económicamente de aquél para subsistir. // Lo anterior, teniendo en consideración que dentro del acervo probatorio se encuentra la declaración juramentada de dos conocidos de la pareja, quienes afirman que llevan una convivencia de 9 meses y que Edwin Alexander Figueroa es padre cabeza de familia y es el encargado del sostenimiento de su núcleo familiar, declaración que se ve corroborada con la copia del contrato laboral suscrito entre Edwin Alexander Figueroa y la Empresa ASOMER LTDA., lo que permite inferir que es el proveedor económico de su familia”.

Asimismo, en la **Sentencia T-667 de 2012**^[43] también se estudió un asunto relacionado con la exención al servicio militar obligatorio, donde esta Corporación reiteró la posibilidad de que existan distintos medios probatorios

para demostrar la unión marital de hecho. Al respecto, señaló *“la unión marital puede demostrarse a través de otros elementos, dado que ella no se constituye a través de formalismos, sino por la libertad de una pareja de conformarla, donde se observe la singularidad, la intención y el compromiso de un acompañamiento constante. Así las cosas, exigir un determinado documento para evidenciar su existencia conlleva a que sea transgredida tal libertad probatoria y, adicionalmente, a que se desconozca el debido proceso de quienes pretenden demostrar la existencia de la unión para derivar de ella una consecuencia jurídica, como lo es la exención al servicio militar obligatorio, conforme a lo dispuesto en el literal “g” del artículo 28 de la Ley 48 de 1993.”* (Subraya fuera del texto original)

Así las cosas, para resolver el *sub judice*, lo importante realmente será comprobar la convivencia efectiva —**criterio material y no formal**—, el apoyo mutuo y la vida en común de la demandante con el causante durante la etapa anterior al deceso. Por eso, la Corte Constitucional sostiene que *«El vínculo constitutivo de la familia — matrimonio o unión de hecho — es indiferente para efectos del reconocimiento de este derecho. 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»*.¹⁹

Por convivencia ha entendido la Corte Suprema de Justicia que es aquella “comunidad de vida, forjada en el crisol del amor responsable, la ayuda mutua, el afecto entrañable, el apoyo económico, la asistencia solidaria y el acompañamiento espiritual, que refleje el propósito de realizar un proyecto de vida de pareja responsable y estable, a la par de una convivencia real efectiva y afectiva- durante los años anteriores al fallecimiento del afiliado o del pensionado” (CSJ SL, 2 mar. 1999, rad. 11245 y CSJ SL, 14 jun. 2011, rad. 31605)

De esta manera, la convivencia real y efectiva entraña una comunidad de vida estable, permanente y firme, de mutua comprensión, soporte en los pesos de la vida, apoyo espiritual y físico, y camino hacia un destino común. Lo anterior, excluye los encuentros pasajeros, casuales o esporádicos, e incluso las relaciones que, a pesar de ser prolongadas, no engendren las condiciones necesarias de una comunidad de vida²⁰.

De cara al *sub lite*, encuentra la Sala que la demandante presentó con la demanda las declaraciones extra proceso rendidas el 12 de septiembre de 2018 por Jhon Jairo Cabrera López, María Solyd Risueño Ardila y Diana Marcela Borray Rivera, que dan cuenta que la señora Luz Stella Rivera convivió en unión libre con el señor José Capitolino Borray, compartiendo, techo, lecho y mesa sin ninguna interrupción hasta el día de la muerte de aquel, el 22 de enero de 2017.

¹⁹ Corte Constitucional, sentencia de tutela T-190 de 1993, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

²⁰ CSJ SL, 25 abril 2018, rad. 45779.

Tales personas a su vez concurrieron a estas diligencias a corroborar y ampliar sus afirmaciones, haciendo hincapié en que se trataba de una situación particular y reservada la que se vivía en el núcleo familiar del señor José Capitolino Borray, ya que pese a que se encontraba casado con la señora María Emma Rivera, tenía una relación sentimental con la Luz Stella Rivera, hija de aquella, y que producto de tal vínculo tuvieron dos hijos de nombres Diana Marcela y James Borray Rivera. Así mismo fueron consistentes en indicar que fue la señora Luz Stella Rivera la que lo acompañó de manera abnegada, blindándole amor, respaldo y cuidado, desde mucho tiempo antes de la muerte de la señora María Emma Rivera en el año 2012 pues ésta casi nunca permanecía en la ciudad de Ibagué, y posteriormente con mayor libertad hasta el momento en que se presentó su muerte en el año 2017. También precisaron que la demandante, dependía económicamente de él.

Los declarantes afirmaron conocer la relación existente entre José Capitolino Borray y Luz Stella Rivera por ser muy allegados a la familia desde los años 90, aclarando que no era un tema que muchos conocieran ante lo incomodo que podía resultar su publicidad, no obstante fueron firmes en señalar que compartían tanto techo como lecho en la casa de habitación ubicada en esta capital, describiendo en líneas generales, las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que se presentó a convivencia continua e ininterrumpida de la mencionada pareja.

En este sentido encontramos que la declaración de Diana Marcela Borray Rivera, pese a su vínculo de familiaridad con la demandante, guarda total coherencia con la de los señores Jhon Jairo Cabrera López y María Solyd Risueño Ardila, quien además corroboró de manera natural y sin apremio, el apoyo emocional, económico y familiar que se prodigaron sus señores padres a lo largo de su convivencia y hasta el último día de vida de José Capitolino, de manera que desde ya se dirá que la tacha formulada por la apoderada judicial del Ministerio de Defensa en la audiencia de pruebas celebrada el 5 de marzo de 2021 no tiene vocación de prosperidad.

Estas pruebas testimoniales son pertinentes, conducentes e idóneas y permiten a la Sala encontrar acreditados los supuestos que legitiman el derecho de la actora, por cuando acreditó plenamente la comunidad de vida que sostuvo con su compañero permanente, el señor José Capitolino Borray por más de 20 años. En otras palabras, la compañera supérstite del pensionado fallecido, demostró, con la prueba testimonial y documental allegada, su convivencia plena, permanente y singular con el causante, con el ánimo de conformar un núcleo familiar, pues además de que tuvieron 2 hijos²¹, mantuvieron una cohabitación en la que estuvo presente su apoyo afectivo y comprensión de pareja, lo que además no fue desvirtuado por el extremo demandado.

Todo lo anterior permite concluir a la Sala que la demandante Luz Stella Rivera es la legítima beneficiaria de la sustitución de la pensión de jubilación del señor José Capitolino Borray y como compañera permanente, dando lugar a que se declare la nulidad de los actos administrativos atacados contenidos en las Resoluciones Nos. 0561 del 27 de febrero de 2019 y 1891 del 8 de mayo de 2019, que negaron en su favor tal derecho.

²¹ Ver registros civiles folios 19-20.

VII.8. Prescripción

Conforme a lo establecido por la jurisprudencia del Consejo de Estado, el derecho a la sustitución pensional, surge para los beneficiarios del pensionado o afiliado fallecido a partir del momento de su deceso, por lo que las sumas derivadas de dicha prestación se generan en favor del beneficiario, **a partir del día siguiente al fallecimiento del causante**²².

No obstante lo anterior, y si bien es cierto el derecho prestacional no prescribe, no es menos cierto, que sí lo hacen las mesadas dejadas de percibir. En este sentido para ordenar el pago de los valores resultantes del reconocimiento pensional, el artículo 129 del Decreto 1214 de 1990 dispone:

“ARTÍCULO 129. PRESCRIPCIÓN. El derecho a reclamar las prestaciones sociales consagradas en este estatuto prescribe a los cuatro (4) años, que se cuentan desde la fecha en que la respectiva prestación se hace exigible. El reclamo escrito recibido por entidad competente sobre un derecho o prestación determinada interrumpe la prescripción, pero solo por un lapso igual.”

En el presente asunto el causante José Capitolino Borray falleció el 22 de enero de 2017; la petición de reconocimiento pensional por parte de la señora Luz Stella Rivera se presentó ante la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares²³ el 19 de noviembre de 2018; y la demanda ante la Jurisdicción Contenciosa Administrativa se radicó el 16 de agosto de 2019²⁴.

Lo anterior significa que entre la causación del derecho y la reclamación administrativa no se superó el término de cuatro (4) años, así como tampoco entre la reclamación y la presentación de la demanda, de manera que no hay lugar a declarar prescrita ninguna mesada pensional, por lo que el pago se deberá realizar por la Nación – Ministerio de Defensa Nacional desde el **23 de enero de 2017**.

El valor adeudado será ajustado en los términos del artículo 187 del Código Administrativo y de lo Contencioso Administrativo con aplicación a la fórmula:

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

Índice inicial

En donde el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh) que es la correspondiente suma adeudada, 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 sentencia), por el índice vigente a la fecha en que debió hacerse el pago.

Por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará separadamente, mes por mes, para cada mesada pensional comenzando por la primera mesada pensional que se dejó de devengar y para las demás mesadas teniendo en cuenta

²² Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia del 29 de abril de 2010. Radicación No. 680012315000200501238 01 (1259-09). Consejero ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

²³ Entidad que la remitió por competencia al Ministerio de Defensa Nacional mediante oficio 111121 del 26 de noviembre de 2018.

²⁴ Ver acta individual de reparto folio 82.

que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada una de ellas. Los intereses se reconocerán en los términos previstos en el artículo 192 del C.P.A.C.A.

Finalmente se dirá que no es procedente acceder al reconocimiento y pago de los intereses de mora contemplados en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, como quiera que los mismos se causan por el retraso en el pago de las mesadas pensionales en consideración al título que las haga exigible, pues en ese momento nacería la obligación de pagar, y en caso de retardo en el desembolso se causaría la mora, situación que no sucede en el *sub judice* donde a penas se está definiendo el derecho al reconocimiento prestacional, es decir, constituyéndose el título ejecutivo.

VII.9. Síntesis

Conforme a todo lo expuesto, la Sala declarará la nulidad de las Resoluciones Nos. 0561 del 27 de febrero de 2019 y 1891 del 8 de mayo de 2019 expedidas por la Directora Administrativa del Ministerio de Defensa Nacional, y como consecuencia de ello, a título de restablecimiento del derecho, ordenará el reconocimiento y pago a favor de la señora Luz Stella Rivera, en calidad de compañera permanente superviviente del causante José Capitolino Borray, el reconocimiento y pago de la sustitución de la pensión de jubilación otorgada mediante resolución No. 3564 del 24 de mayo de 1989, con efectos fiscales a partir del **23 de enero de 2017.**

VII.10. Condena en costas

En primer lugar, vale precisar que las costas procesales constituyen una carga económica que comprende, por una parte, las expensas, es decir, todos aquellos gastos necesarios para el trámite del juicio distintos del pago de apoderados (honorarios de peritos, impuestos de timbre, copias, gastos de desplazamiento en diligencias realizadas fuera de la sede del despacho judicial, etc.) y, de otro lado, las agencias en derecho, correspondientes a los gastos efectuados por concepto de apoderamiento. Aunque las agencias en derecho representan una contraprestación por los gastos en que la parte incurrió para ejercer la defensa judicial de sus intereses, es al juez a quien corresponde fijarlos de acuerdo a las tablas que para el efecto expide el Consejo Superior de la Judicatura.

El artículo 188 del C.P.A.C.A. señala:

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

La lectura del texto normativo permite establecer que el legislador eliminó la condición subjetiva de malicia o temeridad que debía observar el juez administrativo en la parte vencida para imponer la condena en costas con el anterior Código Contencioso Administrativo (Decreto 01 de 1984), ubicándose ahora en el plano puramente objetivo, en donde se deberá condenar en costas al vencido en el proceso, independientemente de las causas del vencimiento, es decir, sin entrar a examinar la conducta de las partes que promovió o se opuso a la demanda, incidente

etc.; criterio adoptado por la Sección Segunda, Subsección A, del Honorable Consejo de Estado en sentencia del 7 de abril de 2016, M.P. William Hernández Gómez, entre otras, el cual, a su vez tiene fundamento en la sentencia C-157 de 21 de marzo de 2013, ratificó el criterio objetivo valorativo del artículo 365 del C.G.P.

A *contrario sensu*, no se acoge la interpretación establecida por las otras Secciones del Consejo de Estado, toda vez que estas hacen referencia a una valoración o ponderación subjetiva de la parte que resulte vencida en el proceso, verbigracia, temeridad, mala fe, y calidad de las partes (trabajador entendido como el extremo débil del litigio), aspectos que no condicionan la imposición de condena en costas reglada el artículo 365 del Código general del Proceso y 188 del C.P.A.C.A; si no que correspondían a conductas propias que debían ser apreciadas en vigencia del derogado decreto 01 de 1984 como presupuestos para emitir la condena en costas.

En el presente asunto, al resultar prósperas las pretensiones demandatorias, es claro que la parte demandada ha sido vencida en el proceso (Art. 365-1 del C. G. del P.) y al no tratarse de un asunto en el que se ventile un interés público (Art.188 del C.P.A.C.A), es menester de la Sala hacer la correspondiente condena en costas a favor del extremo demandante, para lo cual se fija la suma equivalente a un (1) salario mínimo legal mensual vigente por concepto de agencias en derecho, y se ordena que por Secretaría se realice la respectiva liquidación de los gastos procesales en los términos del artículo 366 del C.G.P.

En consecuencia, se proferirá la siguiente:

DECISIÓN

EN MÉRITO DE LO EXPUESTO, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, EL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL TOLIMA

FALLA:

Primero: **NEGAR** la tacha del testimonio rendido por Diana Marcela Borray Rivera, formulada por la apoderada judicial de la parte demandada en la audiencia de pruebas celebrada el 5 de marzo de 2021, conforme lo expuesto en parte considerativa de esta providencia.

Segundo: **DECLARAR** la nulidad de las Resoluciones Nos. 0561 del 27 de febrero de 2019 y 1891 del 8 de mayo de 2019 través de las cuales la Nación – Ministerio de Defensa negó el derecho a la sustitución de la pensión de jubilación a la señora Luz Stella Rivera, de acuerdo con lo expuesto en la parte considerativa de la presente sentencia

Tercero: A título de restablecimiento del derecho, **ORDENAR** a la Nación - Ministerio de Defensa Nacional reconocer y pagar a favor de la señora Luz Stella Rivera, la sustitución de la pensión de jubilación devengaba por el Ex Adjunto Jefe del Ejército Nacional José Capitolino Borray, en la misma cuantía que la devengaba el causante, con la debida actualización, con efectos fiscales a partir del 23 de enero de 2017.

Cuarto: Las sumas que resulten a favor de la señora Luz Stella Rivera, se deberán actualizar conforme lo dispuesto en parte motiva de esta providencia.

Quinto: **CONDENAR** en costas a la Nación - Ministerio de Defensa Nacional, conforme lo dispone el artículo 188 del C.P.A.C.A., para lo cual se fija la suma equivalente a un (1) salario mínimo legal mensual vigente por concepto de agencias en derecho, y se ordena que por Secretaría se realice la respectiva liquidación de los gastos procesales en los términos del artículo 366 del C.G.P.

Sexto: A la presente sentencia se le dará cumplimiento en los términos de los artículos 192 y 195 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Séptimo: **DENEGAR** las demás pretensiones demandatorias.

Octavo: En aras del acatamiento de este fallo, expídase a la demandante copia con constancia de ser la primera, la cual prestará mérito ejecutivo.

Noveno: **ORDENAR** la devolución de los remanentes que por gastos del proceso consignó la parte demandante, si los hubiere.

Décimo: Ejecutoriado el presente fallo, archívese el expediente previas las anotaciones de rigor.

Conforme a las directrices de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, mediante las cuales se han tomado medidas por motivos de salubridad pública, la presente providencia fue discutida y aprobada por la Sala en la fecha, a través de medios electrónicos y se notificará a los interesados por el mismo medio.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

JOSÉ ANDRÉS ROJAS VILLA
Magistrado
(Ausente con incapacidad)


JOSÉ ALETH RUÍZ CASTRO
Magistrado

CARLOS ARTURO MENDIETA RODRÍGUEZ
Magistrado

Firmado Por:

Carlos Arturo Arturo Mendieta Rodriguez Rodriguez
Magistrado

Oral 4
Tribunal Administrativo De Ibague - Tolima

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: **8d91c2bf79a1b7cc203c6b3c13e6e2ffeab2961322a30312a7bbabf271e7d9e1**

Documento generado en 08/04/2022 04:17:27 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>