



PARTIDA ECLESIASTICA - Prueba del Estado Civil / ESTADO CIVIL – Partida Eclesiástica / REGISTRO CIVIL - Prueba del estado civil / ESTADO CIVIL – Prueba. Registro civil

El A quo tomó en cuenta para acreditar el estado civil de la señora María de Jesús Niño, la partida eclesiástica anexa a folio 74. Sobre el particular debe señalar la Sala que, de acuerdo con la Ley 92 de 1933 las partidas eclesiásticas sólo son idóneas para acreditar situaciones del estado civil de las personas ocurridas antes de la vigencia de la ley. En el presente caso el matrimonio se celebró el 14 de julio de 1955, esto es, cuando ya estaba vigente la Ley 92 de 1933. En este orden de ideas, según la Ley 92 de 1933 y el artículo 105 del Decreto 1260 de 1970, las partidas eclesiásticas son idóneas para acreditar las situaciones del estado civil de las personas cuando los hechos ocurrieron antes de la vigencia de la ley, las posteriores, deben probarse con la copia del folio del registro civil.

FUENTE FORMAL: LEY 92 DE 1933 / DECRETO 1260 DE 1960 - ARTICULO 105

CADUCIDAD DE LA ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DE ACTO QUE DEJA EN SUSPENSO DERECHOS - Aplicación del principio Pro damato / PRINCIPIO PRO DAMATO- Aplicación a la caducidad de la acción de nulidad y restablecimiento de acto que deja en suspenso derechos

En punto a la decisión contenida en los actos administrativos demandados debe decir la Sala que aún cuando son actos que dieron término a la actuación administrativa adelantada a instancia de los terceros interesados, e inclusive agotaron la vía gubernativa mediante la resolución del recurso de reposición interpuesto, con dichos actos la administración deja en suspenso el reconocimiento pensional hasta tanto exista pronunciamiento judicial, y en estas condiciones, en la práctica, constituyen un estado de indefinición del derecho que reclaman los presuntos beneficiarios, circunstancia por la cual para la Sala no resulta válido, bajo criterios de justicia y equidad, aplicar en este caso, un criterio de interpretación restrictiva del artículo 136 [2] del C.C.A., en materia de caducidad de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho. Lo anterior para señalar que, si bien al tenor del artículo 136 [2] del C.C.A. se establece que "... los actos que reconozcan prestaciones periódicas podrán demandarse en cualquier tiempo por la administración o por los interesados, pero no habrá lugar a recuperar las prestaciones pagadas a particulares de buena fe", la misma regla de caducidad de la acción contenciosa administrativa de nulidad y restablecimiento del derecho, procede aplicarla respecto de los actos administrativos que, como los demandados, dejan en un estado de indefinición el derecho pensional que reclaman los accionantes. Si bien al tenor de la norma en mención, se permite demandar en acción de nulidad y restablecimiento del derecho en cualquier tiempo

los actos que reconocen prestaciones periódicas, esto es, los actos que reconocen la titularidad del derecho, no hay razón válida para considerar, con criterio restrictivo, que respecto de aquellos actos en los que la administración deja en suspenso el reconocimiento del derecho hasta tanto exista pronunciamiento judicial que dirima el conflicto, aplica el plazo extintivo de los cuatro meses. En casos como el presente, sin dejar de considerar que el tema de la caducidad de la acción involucra de una parte, razones de equidad y de otra, el interés de la seguridad jurídica, atendiendo las circunstancias particulares que rodean el caso concreto, y dada la indefinición del derecho por parte de la administración, es posible, para efectos de la interpretación normativa, acudir a la aplicación del principio pro damato lo cual implica un alivio de los rigores de la caducidad con respecto a quienes la administración ha deferido al juez la definición de su mejor derecho pensional, y no bajo criterios de interpretación restrictiva, impedir su acceso a la administración de justicia.

FUENTE FORMAL: CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO-ARTICULO 136

SUSTITUCION PENSIONAL CUANDO SE PRESENTA CONFLICTO ENTRE CONYUGE Y COMPAÑERA PERMANENTE - Factor para el reconocimiento

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. El derecho a la sustitución pensional busca impedir que sobrevinida la muerte de uno de los miembros de la pareja, el otro se vea impelido a soportar no sólo la carga espiritual que proviene del dolor por la ausencia definitiva de la persona que atendía el sostenimiento del grupo familiar, sino aquella carga material que implica asumir de manera individual las obligaciones que conlleva el mantenimiento propio y el de la familia, por lo cual se ha considerado, que el factor determinante para establecer qué persona tiene derecho a la sustitución pensional en casos de conflicto entre el cónyuge superviviente 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.

SUSTITUCION DE ASIGNACION DE RETIRO EN CASO DE CONVIVENCIA SIMULTANEA CON CONYUGE Y COMPAÑERA PERMANENTE - Regulación legal. Principio de favorabilidad / PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD - Sustitución de asignación de retiro en caso de convivencia simultánea con cónyuge y compañera permanente

El régimen prestacional especial vigente para la época en que se causó el derecho no regula la situación particular del derecho a sustituir la pensión en eventos en que existe convivencia simultánea entre cónyuge y compañera permanente. Del texto del artículos 3, 6 de la Ley 923 de 2004 y artículo 11 del Decreto 4423 de 2004, observa la Sala que, en casos de convivencia simultánea, se prefiere al cónyuge a efectos de reconocer la pensión de sobrevivientes. Se tiene entonces que dicha normatividad privilegia el vínculo familiar regentado bajo el matrimonio. De acuerdo a lo establecido en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, el Sistema

Integral de Seguridad Social no se aplica a los miembros de las Fuerzas Militares. Este postulado obedece a lo dispuesto por los artículos 150, numeral 19, literal e), y 217 de la Constitución Política, en los cuales se estableció que la ley debería determinar el régimen salarial y prestacional especial para los miembros de las Fuerzas Militares, el cual se encuentra justificado en el riesgo latente que envuelve el ejercicio de la función pública que desempeñan dichos agentes. Por regla general se tiene que, las situaciones relacionadas con los derechos, las prerrogativas, los servicios, los beneficios y demás situaciones prestacionales de un trabajador, entre ellas el pago de los derechos pensionales se resuelve con las normas vigentes al tiempo del suceso. Sin embargo, en aplicación del principio de favorabilidad consagrado en el artículo 53 de la Carta Política, es posible considerar, la aplicación de la normatividad más favorable al trabajador "...en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho...".

FUENTE FORMAL: LEY 923 DE 2004 – ARTICULO 3 / LEY 923 DE 2004 – ARTICULO 6 / DECRETO 4423 DE 2004 – ARTICULO 11 / LEY 110 DE 1993 – ARTICULO 279 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 217 / CONSTITUCION POLITICA – ARTICULO 53

NOTA DE RELATORIA: Por el principio de favorabilidad la Sala aplica el artículo 47 (modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003) de la Ley 100 de 1993

SUSTITUCION DE ASIGNACION DE RETIRO EN CASO DE CONVIVENCIA SIMULTANEA CON CONYUGE Y COMPAÑERA PERMANENTE – Reconocimiento por partes iguales. Criterio de justicia y equidad / CRITERIO DE JUSTICIA Y EQUIDAD - Sustitución de asignación de retiro en caso de convivencia simultánea con cónyuge y compañera permanente

Acreditado como se encuentra en el proceso la convivencia simultánea del causante con las señora MARÍA DE JESÚS NIÑO y HERMINDA FLÓREZ JAIMES, por un tiempo superior a los 15 años, desde la fecha en que formalizaron el vínculo legal y de hecho, hasta su fallecimiento, acogiendo el criterio adoptado por la Corte Constitucional al declarar la exequibilidad condicionada del literal b del artículo 13 de la Ley 797 de 2003, que modificó el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, en el entendido de que además de la esposa o esposo, serán también beneficiarios, la compañera o compañero permanente y que dicha pensión se dividirá entre ellos en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido, la Sala acogiendo su propia línea y precedente judicial considera que, bajo un criterio de justicia y equidad, y en teniendo en cuenta, que la finalidad de la sustitución pensional es la de evitar que las personas que forman parte de la familia y que dependen patrimonialmente del causante puedan quedar sumergidas en el desamparo y abandono económico, en el caso concreto, habiéndose acreditado una convivencia simultánea, se resolverá el conflicto concediendo la sustitución de la asignación mensual de retiro que devengaba PABLO CELIS, a su cónyuge y a su compañera permanente, distribuido el valor que corresponda en partes iguales entre las mismas, con quienes convivió varios años antes de su muerte, y consolidó un grupo familiar. Como lo ha precisado la Sala, no existen razones que justifiquen un trato diferente al que aquí se dispone pues concurre el elemento material de convivencia y apoyo mutuo, de manera simultánea, por voluntad propia del causante, en cabeza de la cónyuge y de la compañera.

FUENTE FORMAL: LEY 110 DE 1993 –ARTICULO 47 / LEY 797 DE 2003 –
ARTICULO 13

**ASIGNACION MENSUAL DE RETIRO DE CONYUGE FAVORECIDA CON
SUSTITUCION PENSIONAL - Entra a formar parte de la masa herencial /
MUERTE DE LA CONYUGE FAVORECIDA CON LA SUSTITUCION DE LA
ASIGNACION DE RETIRO - Acrece la porción de la compañera permanente**

En su condición de cónyuge supérstite, la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional, deberá reconocer dentro de este proceso, el 50% de la asignación mensual de retiro que devengaba el extinto Pablo Celis, desde la fecha de su muerte hasta el 7 de enero de 2008, fecha en la cual según consta en el expediente, falleció la mencionada señora, en su calidad de beneficiaria de la pensión. El derecho a la sustitución pensional de la señora MARÍA DE JESUS NIÑO no se transfiere, se trata de un derecho que se extingue con el hecho de su muerte. Sin embargo, las mesadas pensionales causadas a favor de la señora MARÍA DE JESÚS NIÑO, desde el 18 de septiembre de 2000 (fecha de la muerte de su cónyuge, señor PABLO CELIS fl. 8), y hasta el 7 de enero de 2008, pasan a formar parte de la respectiva masa herencial. De otra parte ha de señalar la Sala que, con ocasión del fallecimiento de la señora MARÍA DE JESÚS NIÑO, al señor JOSÉ MANUEL CELIS NIÑO, en su condición de hijo, no le asiste derecho pensional en la medida en que de acuerdo con lo probado, no se acreditaron los supuestos normativos que eventualmente lo legitimarían en su derecho. 2.- A favor de la señora HERMINDA FLÓREZ JAIMES, en su condición de compañera permanente del causante, la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional, deberá reconocer el 50% de la asignación mensual de retiro que devengaba el extinto Pablo Celis, desde la fecha de su muerte, esto es, el 18 de septiembre de 2000, hasta el 7 de enero de 2008, fecha esta última a partir de la cual, conforme a lo previsto en el PARAGRAFO 1º del artículo 8º del Decreto 1889 de 1994, la parte de la pensión inicialmente reconocida a la cónyuge, acrecerá la porción de la compañera permanente, correspondiéndole el 100% de lo que devengaba el causante por concepto de asignación mensual de retiro.

FUENTE FORMAL: DECRETO 1889 DE 1994 – ARTICULO 8 PARAGRAFO 1

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

SUBSECCIÓN “B”

Consejero ponente: GERARDO ARENAS MONSALVE

Bogotá D.C., treinta (30) de julio de dos mil nueve (2009).-

Radicación número: 68001-23-15-000-2001-02594-01(0638-08)

Actor: HERMINDA FLÓREZ JAIMES

Demandado: MINISTERIO DE DEFENSA, POLICIA NACIONAL Y OTRO

AUTORIDADES NACIONALES

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de 15 de noviembre de 2007 proferida por el Tribunal Administrativo de Santander, que declaró la nulidad de las Resoluciones No. 0318 de 2001 y 1932 de 2001, ordenando la sustitución de la asignación de retiro del señor Pablo Celis en favor de la señora MARÍA DE JESÚS NIÑO, en su calidad de cónyuge supérstite, en la demanda presentada por HERMINDA FLÓREZ JAIMES contra la NACIÓN, MINISTERIO DE DEFENSA, POLICÍA NACIONAL, y la CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE LA POLICÍA NACIONAL.

ANTECEDENTES

HERMINDA FLÓREZ JAIMES, por intermedio de apoderado, y en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho consagrada en el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo, pidió que se declarara la nulidad de los siguientes actos administrativos:

1.- Resolución No. 0318 de 25 de enero de 2001 expedida por la Dirección General de la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional, mediante la cual se ordenó suspender el trámite de la sustitución de la asignación mensual de retiro que devengaba el extinto Cabo Segundo ® Pablo Celis, y que pudiera corresponder a la señora MARÍA DE JESÚS NIÑO DE CELIS, o a la señora HERMINDA FLÓREZ JAIMES.

2.- Resolución No. 1932 de 17 de abril de 2001, mediante la cual el Director General de la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional, resolvió el recurso de reposición interpuesto contra de la Resolución No. 0318 de 25 de enero de 2001, confirmándola en todas sus partes.

Como consecuencia, a título de restablecimiento del derecho solicitó la demandante, que se sustituya en su favor, dada su condición de compañera permanente del de cujus, la asignación de retiro que devengaba el señor Pablo Celis, desde la fecha de fallecimiento del causante, hasta la supervivencia probable de la actora, de acuerdo con la tasa de mortalidad certificada por el DANE.

En caso de no prosperar la pretensión principal, se solicitó en la demanda, que se ordene a la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional, reconocer a favor de la señora HERMINDA FLÓREZ JAIMES, el derecho a la sustitución de la asignación de retiro del señor Pablo Celis, en la misma proporción y porcentaje establecido en los artículos 76, 77 y 78, parágrafo 1º, inciso 2º del Decreto 1029 de 1994, y que se le llegare a reconocer a la señora MARÍA DE JESÚS NIÑO, en su calidad de cónyuge sobreviviente, en cumplimiento del principio constitucional de igualdad que para la familia establece el artículo 42 de la C.P., reconocimiento que debe hacerse desde la fecha de la muerte del causante hasta la supervivencia probable de la señora HERMINDA FLÓREZ JAIMES.

Solicita que las sumas reconocidas se cancelen teniendo en cuenta el ajuste del valor, los intereses causados, y la indexación monetaria.

Su petitum lo basa en los hechos que a continuación resume la Sala:

El señor Pablo Celis falleció el 18 de septiembre de 2000, fecha para la cual disfrutaba de la asignación de retiro reconocida por la Caja de Sueldos de Retiro

de la Policía Nacional desde 1976, luego de su retiro del servicio de la Policía Nacional.

Una vez se hicieron las publicaciones de ley, se presentaron a reclamar la sustitución de la asignación mensual de retiro del señor Pablo Celis, la señora MARÍA DE JESÚS NIÑO DE CELIS, en su condición de cónyuge, y la señora HERMINDA , en calidad de compañera permanente.

La señora MARÍA DE JESÚS NIÑO, acreditó su condición de cónyuge supérstite, mediante la copia de la partida de matrimonio.

Por su parte, la señora HERMINDA FLÓREZ JAIMES demostró la calidad de compañera permanente del señor Pablo Celis, acreditando convivencia en unión libre con éste de manera ininterrumpida durante más de 17 años, hasta el momento de su fallecimiento, constituyéndose entre ellos una sociedad de hecho estable y permanente, de lo cual dieron fe las señoras Lucely Delgado Quintero y Nelly Hernández de Espitia, quienes rindieron declaración extrajuicio ante el Notario Octavo de Bucaramanga, el 28 de septiembre de 2000.

De la unión libre, estable y permanente, conformada por la señora HERMINDA FLÓREZ JAIMES y PABLO CELIS, fueron procreados tres hijos nacidos en 1972, 1979 y 1981, según consta en los registros civiles arrimados al proceso.

La Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional, con fundamento en el Decreto 1029 de 1994 y en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, en concordancia con lo previsto en el artículo 172 del Decreto 1212 de 1990, expidió la Resolución No. 0318 de 2001, por la cual ordenó suspender el trámite de la sustitución de la asignación de retiro del señor Pablo Celis.

Contra la Resolución No.0318 de 25 de enero de 2001, la señora HERMINDA FLÓREZ JAIMES interpuso recurso de reposición ante la Caja de de Sueldos de

Retiro de la Policía Nacional, el cual fue resuelto mediante la Resolución No. 1932 de 17 de abril de 2001, confirmando en todas sus partes la resolución recurrida.

Se aduce en la demanda, que la señora HERMINDA FLÓREZ JAIMES, en su calidad de compañera permanente del causante PABLO CELIS y sus hijos JUAN PABLO, SANDRA MILENA e ILEANA, hasta la fecha de la muerte del señor Pablo Celis, dependieron económicamente de éste, pues, según se afirma, era él quien les suministraba todo lo necesario para su subsistencia, incluyendo estudios y alimentación.

Se argumenta que, la parte motiva de la Resolución No. 0318 de 2001, señala como factor determinante para establecer qué persona tiene derecho a la sustitución de la asignación mensual de retiro, el compromiso de apoyo efectivo y de comprensión mutua existente entre la pareja al momento de la muerte de uno de sus integrantes, “de lo cual se concluye que tal derecho corresponde a quien haya hecho vida marital en común con el causante a la fecha de su deceso”.

Con fundamento en lo expresado por la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional, la cónyuge sobreviviente no tiene derecho a la sustitución pensional, toda vez que, al momento del deceso del causante no hacía vida marital con el mismo, como sí acontece con la señora HERMINDA FLÓREZ, quien vivió con el de cujus durante los últimos 17 años de su vida.

Se indica en la demanda, que la sociedad conyugal existente entre la señora MARÍA DE JESÚS NIÑO DE CELIS y PABLO CELIS, se disolvió en el momento en que éste abandonara su hogar “por el maltrato que existía de parte de su señora María de Jesús...”.

En el hogar constituido por los esposos María de Jesús y Pablo, existe un hijo adoptivo de nombre José Manuel , quien según se relata en la demanda, no tenía buenas relaciones con su padre adoptivo.

Según la demanda, el señor Pablo Celis jamás abandonó económicamente a su esposa e hijo adoptivo en la medida en que les prodigaba lo necesario para subsistir. Se dice expresamente, que “el cónyuge fallecido jamás abandonó el hogar sin justa causa y él no le impidió su acercamiento o compañía a la cónyuge MARÍA DE JESÚS NIÑO DE CELIS...”. Para la parte actora, “surge la inevitable conclusión de que ésta (se refiere a la cónyuge) incumplió con sus deberes de esposa y como tal al amparo de lo dispuesto por el Art. 77 del decreto 1029 de 1.994, la cónyuge supérstite del causante PERDIÓ EL DERECHO DE SUSTITUCIÓN PENSIONAL de su esposo, equivalente al 100% de la prestación...”.

Según se indica en la demanda, la mesada pensional del señor Pablo Celis asciende al valor total de \$982.411, suma que recibía en el año 2000.

NORMAS VIOLADAS y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

En la demanda se citan como **normas violadas** las siguientes:

De la Constitución Política, el artículo 42

Del Decreto 1029 de 1994, los artículos 76, 77 y 78

Al explicar el **concepto de violación** en la demanda se sostiene, que en relación con el principio de igualdad en materia de sustitución pensional, el artículo 42 de la Constitución Política acogió la tendencia legislativa que reconoce una protección integral a todas las familias, bien sea que estén constituidas por vínculos naturales o jurídicos.

Se argumenta, que el derecho a la pensión de jubilación tiene por objeto no dejar en estado de desamparo a la familia cuando falta el apoyo material de quien con

su trabajo contribuía a proveer lo necesario para el sustento del hogar. El derecho a sustituir a la persona pensionada o con derecho a la pensión obedece a la misma finalidad de impedir que acaecida la muerte de uno de los miembros de la pareja, el otro no se vea obligado a soportar individualmente las cargas materiales y espirituales. 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 este derecho a la sustitución pensional en casos de conflicto entre 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.

Se aduce, que los artículos 42 de la Constitución Política, y 76, 77 y 78 del Decreto 1029 de 1994, fueron “flagrantemente” desconocidos por los actos acusados, pues a juicio de la parte actora, si la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional hubiera observado con un criterio material, no formal, los problemas que aquejan a la institución familiar del país y el sentido y alcance que el legislador le quiso dar a la normatividad en cita, seguramente que hubiera llegado a una conclusión diferente.

En el caso concreto, formalmente se protegió a la institución del matrimonio, pero no a la institución familiar, concebida en los términos descritos en el artículo 42 de la C. P.

El legislador extendió a la compañera permanente la protección antes restringida a la viuda y colocó al cónyuge legítimo y a la compañera permanente en el mismo plano de igualdad respecto del derecho a la pensión de jubilación, pero en un orden de precedencia excluyente, de manera que, a falta de la primera, por muerte o por abandono atribuible al cónyuge, la segunda pasa a ocupar su lugar para efectos de la sustitución pensional por muerte del trabajador pensionado o con derecho a pensionarse.

En el caso concreto, se dice que, el señor Pablo Celis conoció a la señora Herminda Flórez Jaimes en el año de 1969 en el municipio de Santa Bárbara cuando prestaba sus servicios a la Policía Nacional; y, en el año 1970 formalizaron su relación. Desde el año 1982 convivieron bajo el mismo techo en unión libre, estable y permanente.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

El Tribunal Administrativo de Santander admitió la demanda presentada contra la Nación, Ministerio de Defensa, Policía Nacional y la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional, mediante auto de 12 de febrero de 2002 (fls. 114-115).

La Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional contestó la demanda con los siguientes argumentos (fls. 154 a 160, cuaderno ppal):

Se refiere en primer lugar, a que la suspensión del trámite de sustitución de la asignación de retiro del señor Pablo Celis, obedeció a que tanto la señora María de Jesús Niño, como Herminda Flórez Jaimes, manifestaron haber convivido efectivamente con el causante hasta el momento de su muerte, sin que hasta la fecha exista un pronunciamiento judicial que aclare en realidad quién permaneció a su lado definitivamente.

Sostuvo que, no es cierto que con la expedición de la Resolución No. 0318 de 2001 se hubiera vulnerado el artículo 42 de la Constitución Política, toda vez que, la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional, en todas sus actuaciones ha propendido por el respeto de las normas superiores y de los postulados de la buena fe, buscando siempre el bienestar tanto de los retirados, como de sus beneficiarios.

Por su parte, la señora MARÍA DE JESÚS NIÑO, durante el traslado de la demanda, conforme lo dispuesto en el artículo 207 [3] del C.C.A., manifestó lo siguiente (fls. 221 a 237, cuaderno ppal):

Se opone a la prosperidad de las pretensiones de la demanda, y argumenta, que le asiste un mejor derecho en la sustitución de la asignación de retiro de la cual era beneficiario su cónyuge, Pablo Celis. De manera expresa se señala, que Pablo Celis en vida “LE DIO A CADA UNA DE ESTAS SEÑORAS, EL VERDADERO LUGAR QUE SIEMPRE TUVIERON, A MARIA DE JESUS NIÑO DE CELIS, EL LUGAR DE ESPOSA LEGÍTIMA Y COMPAÑERA REAL Y EFECTIVA, y a HERMINDA FLOREZ el de su COMPAÑERA OCASIONAL, QUIZAS POR MUCHOS AÑOS....”.

Se afirma que, en ningún momento la señora María de Jesús Niño “alejó a su esposo o quiso hacerlo, en razón a que en el hogar de CELIS NIÑO existían los presupuestos de apoyo y comprensión”. Además, se afirma que la señora María de Jesús Niño sabía de la existencia de la relación extramatrimonial que sostenía el señor Pablo Celis con Herminda Flórez. Sobre este último aspecto en particular se refiere que “...no era un secreto PARA ELLA que el extinto promotor de la causa tuviera de manera SIMULTANEA una relación extramatrimonial y POR ENDE (sic) MOTIVO este debía repartir su tiempo el cual él más que nadie sabía como repartirlo (EN LA RELACIÓN CONYUGAL Y EXTRAMATRIMONIAL Y SUS ACTIVIDADES A DIARIO) y no como quiere hacer ver la suplicante sin poder probarlo que solamente ella y con la misma existía la comprensión mutua y el apoyo efectivo hecho este del que quiere sacarle partido o ventaja alguna ...”.

Finalmente, indica, que la Constitución Política consagra la familia como la célula básica de toda sociedad, razón por la cual el vínculo matrimonial prevalece sobre cualquier otra clase de relación de hecho, lo que impone la necesidad de brindar una protección a la familia aún después de la muerte de uno de sus integrantes.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo de Santander declaró la nulidad de las Resoluciones Nos. 0318 de 2001 y 1932 de 2001, en cuanto al “suspender el trámite de la

sustitución de asignación mensual de retiro que devenga el extinto cabo segundo ® CELIS PABLO”, negó el derecho a la cónyuge a sustituir al causante en la asignación de retiro que venía devengando. Denegó las pretensiones de reconocimiento de sustitución pensional formuladas por la señora HERMINDA FLÓREZ JAIMES, y declaró que el derecho a sustituir al señor PABLO CELIS en la asignación de retiro que él devengaba, lo tiene su cónyuge sobreviviente, señora MARÍA DE JESÚS NIÑO DE CELIS, a quien la entidad demandada deberá reconocer, liquidar y pagar la prestación que devengaba el causante, desde la muerte de éste, con los reajustes legales a que haya lugar y la indexación de las sumas adeudadas (fls. 494 a 508).

El A quo estima en primer lugar que en estricto sentido no se dan los supuestos de hecho de las normas que invoca la parte actora como violadas, pues el Decreto 1029 de 1994 reconoce como beneficiaria de la sustitución de la asignación de retiro a la compañera permanente, sólo en el evento en que falte definitivamente la cónyuge, circunstancia que no se observa en este caso.

Se afirma, que las pruebas testimoniales y documentales arrimadas al proceso, dan cuenta de que al momento de la muerte del señor Pablo Celis se encontraba vigente el vínculo matrimonial y afectivo que sostenía con la señora María de Jesús Niño, el cual se prolongó por más de cuarenta años, circunstancia por la cual concluye el Tribunal que la cónyuge no fue desplazada en el orden de beneficiarios que registra el mencionado Decreto 1029 de 1994, y por tanto, conserva el derecho a la pensión mensual o asignación de retiro que devengaba el causante.

Se argumenta que, como la demandante centró su pedimento en los supuestos maltratos que recibía el señor Pablo Celis de su cónyuge e hijo, sin probar que le asistía un mejor derecho que a la cónyuge supérstite, las pretensiones de la demanda no están llamadas a prosperar, y en su lugar, debe reconocerse como beneficiaria de la sustitución de la asignación de retiro del causante, a la señora María de Jesús Niño.

EL RECURSO DE APELACIÓN

La parte actora interpuso recurso de apelación contra el anterior proveído (fls.511-512).

Argumenta, que el A quo dio por probados hechos que no lo estaban, como fue la supuesta convivencia simultánea del señor Pablo Celis con las señoras Herminda Flórez y María de Jesús Niño, cuando en la realidad la única residencia del causante fue la que compartió con la señora Flórez hasta el día de su muerte.

Considera que, la limitación legal y jurisprudencial que se alega por el Tribunal, desconoce la favorabilidad prevista en la Ley 797 de 2003, norma que aunque posterior a la muerte del causante, debe aplicarse al caso concreto en virtud del principio de favorabilidad, al permitir la concurrencia en la sustitución pensional, no obstante en este caso resultara evidente la prevalencia del vínculo material que sostenía con la señora Herminda Flórez.

Afirma, que de igual manera se inaplicó lo dispuesto en el artículo 11 del Decreto Ley 4433 de 2004, al dejar de lado la protección que prevé en favor de los compañeros permanentes, a la cual se hacía merecedora la señora Herminda Flórez.

Con posterioridad, y ante el hecho nuevo del fallecimiento de la señora María de Jesús Niño, señaló la parte recurrentes, que a la luz del Decreto 1029 de 1994, la única beneficiaria del derecho a la sustitución de la asignación de retiro es la señora Herminda Flórez.

En memorial allegado en esta instancia, el apoderado de la ya fallecida, señora María de Jesús Niño, manifiesta que el hijo adoptivo de la pareja conformada por

la primera de las mencionadas y el señor Pablo Celis, José Manuel Celis Niño, se encuentra en lamentables condiciones económicas por lo cual le urge la necesidad de una resolución pronta del conflicto.

CONSIDERACIONES

Problema jurídico por resolver

Se trata de determinar si en el presente caso le asiste a la demandante, en su calidad de compañera permanente, el derecho a la sustitución de la asignación de retiro que venía percibiendo el señor Pablo Celis hasta su muerte.

Actos Acusados

1.- **Resolución No. 0318 de 25 de enero de 2001** proferida por la Dirección General de la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional, mediante la cual se ordenó suspender el trámite de la sustitución de la asignación mensual de retiro que devengaba el extinto Cabo Segundo ® PABLO CELIS, y que pudiera corresponder a la señora MARÍA DE JESÚS NIÑO DE CELIS, o a la señora HERMINDA FLÓREZ JAIMES.

En la parte motiva se expresaron entre otros los siguientes argumentos:

“Que de acuerdo con lo establecido en la Constitución Nacional, el Decreto 1029 de 1994 y el fallo proferido por la Corte Suprema de Justicia, el 26-03-96, en Sala de Casación Civil y Agraria que confirmó el fallo de Tutela emitido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Fe de Bogotá el 27-02-96, en concordancia con lo consagrado en el artículo 172 del Decreto 1212 de 1990, el factor determinante para establecer qué persona tiene derecho a la sustitución de asignación mensual de retiro, es el compromiso de apoyo efectivo y de comprensión mutua existente entre la pareja al momento de la muerte de uno de sus integrantes, de lo cual se concluye que tal derecho corresponde a quien haya hecho vida en común con el causante a la fecha de su deceso.

Que de conformidad con lo consagrado en el artículo 202 del citado Decreto y teniendo en cuenta que según manifestaciones de parte y de terceras personas, obrantes dentro del expediente administrativo tanto la señora MARÍA DE JESÚS NIÑO DE CELIS como la señora HERMINDA FLÓREZ JAIMES, afirman haber convivido con el causante a la fecha del fallecimiento, por lo tanto es procedente suspender el trámite del total de la prestación que devengaba el causante, hasta tanto se decida judicialmente la controversia presentada entre las mencionadas señoras respecto de la convivencia con el causante a la fecha de su fallecimiento (...).”.

2.- Resolución No. 1932 de 17 de abril de 2001, por la cual se desató el recurso de reposición interpuesto, y se resolvió confirmar en todas sus partes la Resolución No. 0318 de 2001.

La entidad consideró, entre otras razones:

“Que para el caso que nos ocupa no es posible determinar a quien le corresponde el derecho, en razón a la controversia que se presenta, entre la señora MARÍA DE JESÚS NIÑO DE CELIS y la señora HERMINDA FLÓREZ JAIMES, quienes mediante manifestaciones de parte y de terceros afirman que convivían con el causante a la fecha del fallecimiento, conflicto que ésta entidad no puede dirimir por razón de competencia.”.

Hechos probados

De la prestación del servicio policial

De acuerdo con la hoja de servicios No. 0829 de 19 de abril de 1978, el señor Pablo Celis, prestó sus servicios en la Policía Nacional durante 31 años, 5 meses, 23 días. Aparece constancia que prestó sus servicios como Agente de la Policía Departamental de Santander desde el 1 de mayo de 1953 al 31 de mayo de 1962, fecha de su nacionalización (fls. 329 y 330 cuad. Ppal).

Mediante Resolución No. 00739 de 21 de febrero de 1978 el Director General de la Policía Nacional, dispuso el retiro temporal del servicio activo del Agente Pablo Celis (fl. 331 cuad. Ppal).

De la asignación de retiro

Mediante Resolución No. 2444 de 23 de junio de 1978, expedida por el Gerente de la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional, le fue reconocida al Agente ® Pablo Celis una asignación mensual de retiro equivalente al 85% de las partidas legalmente computables para el grado, por el valor de \$ 4.840.96 pesos (fls. 62 a 63, cuaderno ppal)

Del hecho del fallecimiento del causante

A folio 8 del expediente figura copia del registro de defunción del señor Pablo Celis, según el cual falleció el 18 de septiembre de 2000, en el municipio de Bucaramanga, Santander.

De la solicitud de sustitución

Mediante escrito de 28 de septiembre de 2000, la señora Herminda Flórez Jaimes, solicitó a la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional que estudiara la posibilidad de sustituir en su favor la asignación de retiro que venía percibiendo su compañero permanente, el señor Pablo Celis. Allegó entre otros documentos copia del registro civil de defunción del señor Pablo Celis, certificado de supervivencia de la peticionaria, declaraciones juramentadas sobre la convivencia con el causante por más de 30 años y hasta la fecha de su fallecimiento, registros civiles de nacimiento de los hijos conjuntos (fls. 112 y s.s.)

En este mismo sentido, la señora María de Jesús Niño, en su calidad de cónyuge superviviente, le solicitó a la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional el reconocimiento y pago de la asignación de retiro del señor Pablo Celis. Allegó como documentos en los que soporta su petición, entre otros, la partida

eclesiástica de matrimonio, el certificado de defunción del señor Pablo Celis, y declaraciones extraproceso sobre la convivencia con el causante (fls. 128 y s.s).

De la suspensión en el trámite de reconocimiento de sustitución de asignación de retiro

La Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional, mediante los actos administrativos acusados, y con fundamento en lo previsto en el artículo 202¹ del Decreto 1212 de 1990 decidió suspender el trámite de la sustitución de la asignación mensual de retiro que devengaba el extinto Cabo Segundo ® Pablo Celis, hasta tanto se defina judicialmente a cuál de las peticionarias le asiste mejor derecho.

En el caso concreto, mediante la Resolución No. 0318 de 25 de enero de 2001 se ordenó suspender el trámite de la sustitución de la asignación mensual de retiro. Este acto administrativo fue confirmado mediante la Resolución No. 1932 de 17 de abril de 2001, notificado por edicto desfijado el 16 de mayo de 2001 (fl.68 cuad. Ppal).

De la condición de cónyuge de la señora MARÍA DE JESÚS NIÑO

A folio 273 del cuaderno principal del expediente consta copia auténtica del registro civil de matrimonio de los señores PABLO CELIS y MARÍA DE JESÚS NIÑO, celebrado el 14 de julio de 1955.

El A quo tomó en cuenta para acreditar el estado civil de la señora María de Jesús Niño, la partida eclesiástica anexa a folio 74.

¹ **“ARTÍCULO 202. CONTROVERSIA EN LA RECLAMACION.** Si se presentare controversia judicial o administrativa entre los reclamantes de una prestación por causa de muerte, el pago de la cuota en litigio se suspenderá hasta tanto se decida judicialmente a qué persona corresponde el valor de esta cuota.”.

Sobre el particular debe señalar la Sala que, de acuerdo con la Ley 92 de 1933 las partidas eclesiásticas sólo son idóneas para acreditar situaciones del estado civil de las personas ocurridas antes de la vigencia de la ley.

En el presente caso el matrimonio se celebró el 14 de julio de 1955, esto es, cuando ya estaba vigente la Ley 92 de 1933.

En este orden de ideas, según la Ley 92 de 1933 y el artículo 105² del Decreto 1260 de 1970, las partidas eclesiásticas son idóneas para acreditar las situaciones del estado civil de las personas cuando los hechos ocurrieron antes de la vigencia de la ley, las posteriores, deben probarse con la copia del folio del registro civil.

Así las cosas, el documento idóneo para acreditar la calidad de cónyuge del causante, es aquel que reposa a folio 273 del cuaderno principal del expediente.

ANÁLISIS DE LA SALA

1.- CUESTIÓN PREVIA

SOBRE EL PRESUPUESTO DE LA CADUCIDAD DE LA ACCIÓN RESPECTO DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS QUE SUSPENDEN EL TRÁMITE DE LA SUSTITUCIÓN DE LA ASIGNACIÓN DE RETIRO

² ARTICULO 105. <HECHOS POSTERIORES AL 1933>. Los hechos y actos relacionados con el estado civil de las personas ocurridos con posterioridad a la vigencia de la Ley 92 de 1933, se probarán con copia de la correspondiente partida o folio, o con certificados expedidos con base en los mismos.

En caso de pérdida o destrucción de ellos, los hechos, y actos se probarán con las actas o los folios reconstruidos o con el folio resultante de la nueva inscripción conforme a lo dispuesto en el artículo **100**.

<Inciso 3o. modificado por el artículo 9o. del Decreto 2158 de 1970. El nuevo texto es el siguiente:> Y en caso de falta de dichas partidas o de los folios, el funcionario competente del estado civil, previa comprobación sumaria de aquella, procederá a las inscripciones que correspondan abriendo los folios, con fundamento, en su orden: en instrumentos públicos o en copias de partidas de origen religioso, o en decisión judicial basada, ya sea en declaraciones de testigos presenciales de los hechos o actos constitutivos de estado civil de que se trate, o ya sea en la notoria posesión de ese estado civil.

En punto a la decisión contenida en los actos administrativos demandados debe decir la Sala que aún cuando son actos que dieron término a la actuación administrativa adelantada a instancia de los terceros interesados, e inclusive agotaron la vía gubernativa mediante la resolución del recurso de reposición interpuesto, con dichos actos la administración deja en suspenso el reconocimiento pensional hasta tanto exista pronunciamiento judicial, y en estas condiciones, en la práctica, constituyen un estado de indefinición del derecho que reclaman los presuntos beneficiarios, circunstancia por la cual para la Sala no resulta válido, bajo criterios de justicia y equidad, aplicar en este caso, un criterio de interpretación restrictiva del artículo 136 [2] del C.C.A., en materia de caducidad de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

Lo anterior para señalar que, si bien al tenor del artículo 136 [2] del C.C.A. se establece que "... los actos que reconozcan prestaciones periódicas podrán demandarse en cualquier tiempo por la administración o por los interesados, pero no habrá lugar a recuperar las prestaciones pagadas a particulares de buena fe", la misma regla de caducidad de la acción contenciosa administrativa de nulidad y restablecimiento del derecho, procede aplicarla respecto de los actos administrativos que, como los demandados, dejan en un estado de indefinición el derecho pensional que reclaman los accionantes.

Si bien al tenor de la norma en mención, se permite demandar en acción de nulidad y restablecimiento del derecho en cualquier tiempo los actos que reconocen prestaciones periódicas, esto es, los actos que reconocen la titularidad del derecho, no hay razón válida para considerar, con criterio restrictivo, que respecto de aquellos actos en los que la administración deja en suspenso el reconocimiento del derecho hasta tanto exista pronunciamiento judicial que dirima el conflicto, aplica el plazo extintivo de los cuatro meses.

En casos como el presente, sin dejar de considerar que el tema de la caducidad de la acción involucra de una parte, razones de equidad y de otra, el interés de la seguridad jurídica, atendiendo las circunstancias particulares que rodean el caso concreto, y dada la indefinición del derecho por parte de la administración, es

posible, para efectos de la interpretación normativa, acudir a la aplicación del principio *pro damato*³, lo cual implica un alivio de los rigores de la caducidad con respecto a quienes la administración ha deferido al juez la definición de su mejor derecho pensional, y no bajo criterios de interpretación restrictiva, impedir su acceso a la administración de justicia.

Lo anterior para señalar que en el caso concreto, la demanda presentada por la parte actora el 19 de septiembre de 2001 (fl. 113), cumple con el presupuesto de la acción previsto en el artículo 136 [2] del C.C.A.

2.- DEL FONDO DEL ASUNTO

El asunto se contrae a establecer a quién le asiste mejor derecho a sustituir la asignación de retiro del causante, si a quien actúa, comparece y acredita su condición de cónyuge sobreviviente o a quien actúa, comparece y acredita su condición de compañera permanente.

Debe decir la Sala, en primer lugar, que la normatividad que rige el asunto en debate es, en principio, el Decreto 1213 de 1990, por tratarse de un régimen especial, exceptuado de la ley 100 de 1993.

Del marco normativo

Debe la Sala precisar en primer lugar que, los artículos 76, 77, y 78 del Decreto 1029 de 1994 no son aplicables al caso particular, bajo los supuestos considerados por el A quo, en cuanto que, dicha normatividad se refiere al “Régimen de Asignaciones y Prestaciones para el personal de Nivel Ejecutivo de

³ *En el derecho español existe una línea doctrinaria y jurisprudencial orientada por el principio pro damato que busca aliviar los rigores de las normas que consagran plazos extintivos para el ejercicio de las acciones y aboga por la cautela y el criterio restrictivo con el que deben interpretarse y aplicarse dichas normas (Ricardo de Angel Yagüez. Tratado de responsabilidad civil, Madrid, edit. Civita, 1993, 3ª ed., p.154) Citado entre otras providencias por la Sección Tercera de la Corporación, en el auto de 13 de diciembre de 2007, Actor: Gonzalo Moreno Rodríguez. Demandado: Caja Nacional de Previsión Social. Apelación de auto que rechazó la demanda en acción de reparación directa. Consejero Ponente: Dr. Ramiro Saavedra Becerra.*

la Policía Nacional”, y el causante ostentaba la condición de Agente ® del Departamento de Policía de Santander.

El decreto 1213 de 1990⁴ en sus artículos 131 y 132 establece:

“ARTÍCULO 132. ORDEN DE BENEFICIARIOS. Las prestaciones sociales por causa de muerte de un Agente de la Policía Nacional en servicio activo o en goce de asignación de retiro o pensión, se pagarán según el siguiente orden preferencial:

a. La mitad al cónyuge sobreviviente y la otra mitad a los hijos del causante, en concurrencia estos últimos en las proporciones de ley.

b. Si no hubiere cónyuge sobreviviente la prestación se dividirá por partes iguales entre los hijos.

c. Si no hubiere hijos, la prestación se dividirá así:

- Cincuenta por ciento (50%) para el cónyuge.

- Cincuenta por ciento (50%) para los padres en partes iguales.

d. Si no hubiere cónyuge sobreviviente ni hijos, las prestaciones se dividirán entre los padres, así:

- Si el causante es hijo legítimo llevan toda la prestación los padres.

- Si el causante es hijo adoptivo la totalidad de la prestación corresponde a los padres adoptantes en igual proporción.

- Si el causante es hijo extramatrimonial la prestación se dividirá en partes iguales entre los padres.

- Si el causante es hijo extramatrimonial con adopción, la totalidad de la prestación corresponde a los padres adoptivos en igual proporción.

- Si no concurre ninguna de las personas indicadas en este artículo, llamadas en el orden preferencial establecido, la prestación se paga, previa comprobación de que el extinto era su único sostén, a sus hermanos menores de dieciocho (18) años.

- Los hermanos carnales recibirán doble porción de los que sean simplemente maternos o paternos.

- A falta de descendientes, ascendientes, hijos adoptivos, padres adoptivos, hermanos y cónyuge, la prestación corresponderá a la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional.”.

De acuerdo con la normativa en precedencia, la legitimación para sustituir la asignación de retiro radica en el cónyuge supérstite.

Ahora bien, frente a la aplicación e interpretación del Decreto 1213 de 1990, la Sala en anteriores oportunidades ha precisado, que dicha interpretación debe hacerse atendiendo lo previsto en la Constitución Política de 1991, a partir de la

⁴ Por el cual se reforma el estatuto del personal de agentes de la Policía Nacional.

cual tomó especial importancia bajo un marco de igualdad jurídica y social, la familia constituida por vínculos naturales.

Esta orientación fue expresada en sentencia del 28 de agosto de 2003 al definir la sustitución pensional de una asignación de retiro en el régimen prestacional de la policía, con la siguiente argumentación:

“(...)

5.4. La sustitución de la asignación de retiro en el régimen prestacional de la Policía Nacional

Si bien el artículo 132 del Decreto 1213 del 8 de junio de 1990, por el cual se reforma el estatuto del personal de agentes de la Policía Nacional, no incluía a la compañera permanente entre los beneficiarios de la sustitución en la asignación de retiro, la entrada en vigencia de la Constitución de 1991, cuyo artículo 42 protege la institución familiar surgida tanto del vínculo matrimonial como de la relación marital de hecho, introdujo un cambio significativo en la forma como debe darse aplicación al artículo 132.

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 permanente para reclamar su derecho a la sustitución pensional. Ella goza de los mismos derechos prestacionales que le corresponden a la cónyuge superviviente, posición que fue afirmada por los desarrollos normativos posteriores 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:

“Art. 110 Definiciones. Para los efectos legales de este estatuto se entiende por :

Familia. Es la constituida por el cónyuge o compañero permanente del miembro del nivel ejecutivo, lo mismo que por sus hijos menores de veintiún (21) años, los estudiantes hasta la edad de veinticuatro (24) años y los hijos inválidos absolutos, siempre y cuando unos y otros dependan económicamente del miembro del nivel ejecutivo.

Art. 111 Reconocimiento derechos prestacionales. A partir de la vigencia de este Decreto, los derechos consagrados en los Decretos ley números 1211, 1212, 1213 y 1214 de 1990 para el cónyuge y los hijos de los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, se reconocerán y pagarán a la familia, de conformidad con la definición contenida en el artículo 110 de este Decreto.”

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 institución armada referida, 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 1) , 113 de 1985 (artículo 2), 71 de 1988 (artículo 3) 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”⁵.

Así las cosas, la Sala deberá resolver el problema jurídico aquí planteado teniendo en cuenta el criterio de amparo y protección de los derechos de los compañeros permanentes.

Del derecho a la sustitución pensional

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.

El derecho a la sustitución pensional busca impedir que sobrevinida la muerte de uno de los miembros de la pareja, el otro se vea impelido a soportar no sólo la carga espiritual que proviene del dolor por la ausencia definitiva de la persona que atendía el sostenimiento del grupo familiar, sino aquella carga material que implica asumir de manera individual las obligaciones que conlleva el mantenimiento propio y el de la familia, por lo cual se ha considerado, que el factor determinante para establecer qué persona tiene derecho a la sustitución pensional en casos de

⁵ Referencia: 200012331000199803804 01 No. Interno: 6082-2002 Actor: MARIA QUINTINA GARCIA CASTILLA. M.P. Dr. JESÚS MARÍA LEMOS BUSTAMANTE.

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.

Así, la Corte Constitucional, en la sentencia T-1103 de 2000, señaló la siguiente línea jurisprudencial:

“En la sentencia T-190 de 1993 se definió el contenido y alcances de ese derecho prestacional, de la siguiente manera:

“La sustitución pensional, de otra parte, es un derecho que permite a una o varias personas entrar a gozar de los beneficios de una prestación económica antes percibida por otra, lo cual no significa el reconocimiento del derecho a la pensión sino la legitimación para reemplazar a la persona que venía gozando de este derecho. Los beneficiarios de la sustitución de las pensiones de jubilación, invalidez y de vejez, una vez haya fallecido el trabajador pensionado o con derecho a la pensión, son el cónyuge supérstite o compañero (a) permanente, los hijos menores o inválidos y los padres o hermanos inválidos que dependan económicamente del pensionado (Ley 12 de 1975, art. 1º y Ley 113 de 1985, art. 1º, parágrafo 1º). La sustitución pensional 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. Principios de justicia retributiva y de equidad justifican que las personas que constituían la familia del trabajador tengan derecho a la prestación pensional del fallecido para mitigar el riesgo de viudez y orfandad al permitirles gozar post-mortem del status laboral del trabajador fallecido.”.

De esta manera, la familia, núcleo e institución básica de la sociedad de conformidad con los artículos 5o. y 42 superiores, constituye el bien jurídico tutelable en el derecho prestacional a una sustitución pensional, debiendo ser amparada integralmente y sin discriminación alguna. Por ello, la protección que se deriva de ese derecho abarca sus distintas formas de configuración, es decir la que se forma a través del vínculo del matrimonio o mediante el vínculo emanado de la voluntad de establecer una unión marital de hecho, (...).”.

El tratamiento jurídico que se predica para las distintas formas familiares constitucionalmente aceptadas, es igualmente aplicable a sus integrantes, como

sería el caso de la cónyuge y la compañera permanente. La Corte⁶ sobre el particular ha aseverado lo siguiente:

“En ese orden de ideas, todas las prerrogativas, ventajas o prestaciones y también las cargas y responsabilidades que el sistema jurídico establezca a favor de las personas unidas en matrimonio son aplicables, en pie de igualdad, a las que conviven sin necesidad de vínculo formal. De lo contrario, al generar distinciones que la preceptiva constitucional no justifica, se desconoce la norma que equipara las formas de unión (artículo 42 de la C.P) y se quebranta el principio de igualdad ante la ley (artículo 13 C.P), que prescribe el mismo trato en situaciones idénticas.”.

Así, los derechos de la seguridad social comprenden a cónyuges y compañeros permanentes de la misma manera. El derecho a la pensión de sobrevivientes constituye uno de ellos y 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:

“De lo anteriormente expuesto, puede concluirse que respecto del derecho a la sustitución pensional rige el principio de igualdad entre cónyuges supérstites y compañeros (as) permanentes porque, siendo la familia el interés jurídico a proteger, no es jurídicamente admisible privilegiar un tipo de vínculo específico al momento de definir quién tiene derecho a este beneficio. Por el contrario, la ley acoge un criterio material - convivencia efectiva al momento de la muerte - y no simplemente formal - vínculo matrimonial - en la determinación de la persona legitimada para gozar de la prestación económica producto del trabajo de la persona fallecida.”.⁷

En consecuencia, el reconocimiento del derecho a la sustitución pensional está sujeto a una comprobación material de la situación afectiva y de convivencia en que vivía el trabajador pensionado fallecido, al momento de su muerte, con respecto de su cónyuge o de su compañera permanente, para efectos de definir acerca de la titularidad de ese derecho.”.

Bajo el anterior precedente, y a la luz de los artículos 13, 42 y 48 de la Constitución Política, los derechos a la seguridad social comprenden de la misma manera tanto al cónyuge como al compañero o compañera permanente. Así entonces, factores como el auxilio o apoyo mutuo, la convivencia efectiva, la comprensión y la vida en común al momento de la muerte son los que legitiman el derecho reclamado.

⁶ Sentencia T- 553 de 1994

⁷ Sentencia T-566 de 1998.

El Consejo de Estado al referirse al tema de la sustitución pensional y al derecho del cónyuge y/o compañero/a permanente a recibirla, en sentencia de 20 de septiembre de 2007⁸, señaló:

“(…)

En otras palabras, el criterio material de convivencia y no el criterio formal de un vínculo ha sido el factor determinante reconocido por la reciente jurisprudencia de la Sala para determinar a quién le asiste el derecho a la sustitución pensional.

Lo fundamental para determinar quién tiene el derecho a la sustitución pensional cuando surge conflicto entre la cónyuge y la compañera es establecer cuál de las dos personas compartió la vida con el difunto durante los últimos años, para lo cual no tiene relevancia el tipo de vínculo constitutivo de la familia afectada por la muerte del afiliado⁹.

No hay duda entonces, sobre la tendencia en el derecho colombiano al reconocimiento pleno de los derechos de los compañeros permanentes en materia de derechos prestacionales, concretamente en lo que corresponde a la legitimación para el derecho a la sustitución pensional.

Ahora bien, definido el interés legítimo que le asiste al compañero/a permanente en materia de sustitución pensional, debe resolver la Sala en el caso concreto, y bajo el criterio material de convivencia, ayuda y afecto mutuo, a quien le asiste mejor derecho en caso de concurrir simultáneamente en el causante una relación de hecho con aquella nacida en vínculo matrimonial.

Para el efecto se abordará el estudio de los siguientes aspectos, en su orden: i) De la existencia de convivencia simultánea con la cónyuge y la compañera permanente de acuerdo con lo probado en el proceso ii) De las normas aplicables. El principio de favorabilidad en la determinación del régimen pensional de los miembros de la Fuerza Pública iii) El caso concreto.

⁸ Consejo de Estado, Sección Segunda. Subsección B. No. Interno: 2410-2004. Actor: MARÍA LILIA ALVEAR CASTILLO. Consejero Ponente: Dr. Jesús María Lemos Bustamante.

⁹ Exp. No. 13001-2331-000-2000-0129-01. No. Interno: 4369-2002 Actor: Rosario Domínguez de Cozzarely M. P. Tarsicio Cáceres Toro.

i) De la existencia de convivencia simultánea del causante con la cónyuge y la compañera permanente, de acuerdo con lo probado en el caso concreto.

Partiendo del criterio de valoración expresado por la Sala, atendiendo a una realidad socialmente ineludible, cuando se presenta conflicto entre los posibles titulares del derecho a la sustitución pensional, factores como: el auxilio o apoyo mutuo, la convivencia efectiva, la comprensión y la vida en común al momento de la muerte son los que legitiman el derecho reclamado.

En el caso concreto, concurren a reclamar el derecho, las señoras MARÍA DE JESÚS NIÑO CELIS, en calidad de cónyuge supérstite, y la señora HERMINDA FLÓREZ JAIMES, en su condición de compañera permanente del Agente ® PABLO CELIS. Para el efecto, allegan ante la administración documentos y declaraciones extraproceso (que no fueron ratificadas como tales dentro de la presente actuación, art. 229 C. de P. C) con los que pretenden acreditar su mejor derecho.

Al proceso comparecen en calidad de testigos los siguientes:

Relación de testimonios que dan fe de la convivencia con la compañera permanente

1.- Declarante: **Nelly Hernández de Espitia.** (fls. 349 a 351)

“(…) PREGUNTADO: Sírvase comentarnos si conoce y desde cuando a la Sra. Herminda Florez y al Sr. Pablo Celis. CONTESTÓ: Si los conozco, desde 1983, es decir hace unos veintidós años, fecha en que nos entregaron las casas de la urbanización donde ellos y yo vivíamos. PREGUNTADO: Durante el tiempo de conocimiento a que usted ha hecho referencia, tuvo oportunidad de conocer como eran las relaciones del Sr. Pablo Celis y la Sra. Herminia Florez en caso afirmativo descríbalas. CONTESTÓ: Éramos vecinos desde cuando nos entregaron las casas, si conozco bien esa relación, al respecto puedo decir que la Sra. Herminda salía todos los días a trabajar, don Pablo quedaba con las niñas y un muchacho, las niñas llegaron pequeñas al barrio, a cualquier hora que uno iba a su casa encontraba a don Pablo, quien era un Sr. de muy pocas palabras, yo tengo un negocio de misceláneas y él llegaba a comprar útiles para sus hijas, el trato entre ellos era normal, nunca se escucharon peleas, ni escándalos entre ellos, se trataban bien. (…) PREGUNTADO: Notó usted durante alguna época en el tiempo

de conocimiento de la pareja de doña Herminda y don Pablo si este último se ausentaba durante períodos de tiempo largos o periódicamente realizaba viajes solo. CONTESTÓ: Viajes largos no y lo único que puedo decir es que el Sr. Pablo siempre permanecía en el hogar, cuando iban a la finca iban los dos, pero don Pablo nunca se ausentó por largo tiempo. (...)"

2.- Declarante: **Ana Belén Mayorga** (fls. 352 a 354)

"(...) PREGUNTADO: Sírvase comentarnos si conoce y desde cuando a la Sra. Herminda Florez y al Sr. Pablo Celis. CONTESTÓ: Si los conozco, desde el tiempo que estamos viviendo en el barrio Villa Rosa, aproximadamente hace veintitrés años. PREGUNTADO: Sírvase informar al despacho aproximadamente cual es la ubicación de su casa en relación con la que ocupaban Don Pablo y Doña Herminda. CONTESTÓ: Dos casas de por medio, sobre la misma cuadra. PREGUNTADO: Durante el tiempo en que usted conoció a los Sres. Pablo y Herminda que conocimiento tuvo de su relación como pareja dentro de la comunidad. CONTESTÓ: Ellos salían ambos, iban a merchar a la escuela cuando eran acudientes del colegio de las niñas iba don Pablo pero generalmente iban ambos a todos lados, mis niños permanecían mucho en la casa de ellos, así como los hijos de ellos en la mía, durante ese tiempo nosotros no tuvimos disgusto, yo nunca vi a don Pablo que tomara o llegara tomado, era una bella persona ese señor. (...) PREGUNTADO: Le consta si don Pablo se ausentaba de la casa donde él vivía durante días o durante semanas. CONTESTÓ: No, ellos siempre salían ambos, no les gustaba dejar la casa sola (...).

3.- Declarante: **Elio Antolinez** (fls. 355 a 357)

"(...) PREGUNTADO: Sírvase describirnos que relación tuvo usted con el Sr. Pablo Celis y con la señora Herminda Florez en el tiempo en que los conoció. CONTESTÓ: Primero nos conocimos por vivir en la misma casa, por que yo pagaba en aquella casa de inquilinato una pieza, luego yo me casé con una sobrina de doña Herminda, yo le colaboraba a don Pablo haciéndole arreglos de construcciones, en 1997 estuve arreglándole la casa de Villa Rosa., y en general una buena amistad con don Pablo, por lo cual nos visitábamos cada rato. PREGUNTADO: Sírvase informar al Despacho si don Pablo tenía una residencia fija que usted supiera y en caso afirmativo cual era, y cuanto tiempo vivió allí. CONTESTÓ: La residencia de don Pablo era en Villa Rosa, él siempre vivió allí, que fue la casa que yo arreglé, ellos venían de la Cumbre y en el gobierno de Belisario les entregaron la casa de Villa Rosa, donde vivió el Sr. Pablo hasta cuando murió."

4.- Declarante: **Edgar Castro** (fls. 366 a 371)

"(...) PREGUNTADO: Sírvase comentarnos si conoce y desde cuando a la señora Herminda Florez y al señor Pablo Celis. CONTESTÓ: Sí los conozco, a la señora Herminda y al señor Pablo los conocí hace aproximadamente 16 años en una presentación que hizo mi hermano Eliseo Castro presentándome como a la Sra. Herminda como su suegra y al Sr. Pablo como el esposo de la Sra. Herminda. PREGUNTADO: Que tipo de relación tuvo con la Sr. Herminda y el Sr. Pablo durante esos 16 años. CONTESTÓ: Desde que me fueron presentados siempre

estuvimos en las reuniones de diciembre en el hogar de la Sra. Herminda o en mi hogar, en los cumpleaños de los familiares nos reuníamos en la casa de agasajado, en almuerzos los domingos, reuniones de día de la madre y visitas que don Pablo realizaba a mi casa, pues él me visitaba frecuentemente ya que en mi casa estaba viviendo mi hermano Eliseo, entonces Pablo bajaba a visitarlos a ellos y a los nietos. (...) PREGUNTADO: Sírvase manifestar si a usted le consta que la Sra. Herminda y el Sr. Pablo convivieron como pareja desde que usted los conoció. CONTESTÓ: Desde que los conocí hasta que murió don Pablo en todas las ocasiones que pude ir a la casa de ellos siempre encontraba a don Pablo en su hogar dedicado a sus hijos y la Sra. Herminda la conocí siempre trabajando desde las siete de la mañana y regresaba en horas de la tarde. (...).”.

Relación de testimonios que dan fe de la convivencia con la Cónyuge

1.- Declarante: **José Manuel Celis Niño** (hijo adoptivo del causante) (fls. 404 a 406)

“(...)PREGUNTADO: Sírvase informar al Despacho quien acompañaba a la señora María de Jesús Niño a la Policlínica y al dispensario de la Policía cuando esta lo requería y para que años. CONTESTÓ: Normalmente la acompañaba mi papá el señor Pablo Celis y yo también lo hacía cuando mi padre no podía o algunas amigas de mi señora madre, para el mes de abril del año 2000 mi señor padre reclamó la droga ya que él la llevó al médico para esa fecha, prueba de ello es un documento que se aportó y que obra en el expediente al folio 247 (...). PREGUNTADO: Sírvase manifestar al despacho cuando don Pablo Celis tuvo intervenciones de salud delicadas en la Policlínica que manifestaciones hizo respecto de los requisitos indispensables exigidos para acceder al servicio clínico. CONTESTÓ: Sí hizo manifestaciones, y están por escrito diciendo que su esposa era la Sra. María de Jesús Niño y que vivía en la calle 2 No. 12-101 del barrio Nuevo Villabel. (...).”.

Para la Sala, la manifestación del deponente es espontánea y no se observan circunstancias que desvirtúen el valor de convicción de lo que manifiesta en la declaración. La apreciación de este testimonio se hace bajo los postulados de la sana crítica y persuasión racional, junto con los restantes medios de prueba que obran en el expediente.

2.- Declarante: **Ángel María Ávila** (fls. 407 a 410)

“(...) PREGUNTADO: Sírvase manifestar al Despacho si conoce de vista trato y comunicación a los esposos Pablo Celis y María de Jesús Niño. CONTESTÓ: Sí conocí al difunto Pablo Celis porque fue compañero de la Policía por mucho tiempo se que se murió en el año dos mil. PREGUNTADO: Respecto a su esposa María de Jesús Niño que nos puede decir. CONTESTÓ: Sé que ella es la esposa desde hace mucho tiempo y tienen un hijo, vivían en el barrio donde yo viví y durante todo ese tiempo la conocí como su esposa, es una señora ya de muchos

años que esta incapacitada, no puede trabajar y esta desprotegida vive es de la caridad de los vecinos. PREGUNTADO: Precísenos el tiempo de permanencia como vecino de Pablo Celis y María de Jesús Niño. CONTESTÓ: Más o menos por unos treinta años porque hace unos años yo vendí la casa y me fui para otro lado, lo único que se de la señora es que está en una situación muy mala. (...).”

3.- Declarante: **Martín Hernández** (fls. (411 a 414)

“(...) PREGUNTADO: Sírvase manifestar al despacho si conoce de vista y comunicación a los esposos Pablo Celis y María de Jesús Niño. CONTESTÓ: Sí yo los conozco, con don Pablo no recuerdo hace cuanto porque éramos ambos de la Policía, con la señora si la conocí por que ellos vivían en Villabel y yo vivo también en ese barrio. PREGUNTADO: Como vecino que fue de Pablo Celis y María de Jesús Niño, cuanto tiempo han vivido ahí en la calle segunda del barrio Nuevo Villabel. CONTESTÓ: Cuando yo los conocí ya vi que eran casados y es más la policía les adjudicó casa porque eran casados ya que no lo hacían con personas que vivían en unión libre por esa época. Las casas las entregaron en junio de 1972 pero como en 1977 llegaron a vivir ahí hasta cuando se murió. PREGUNTADO: Como vecino de la casa contigua de don Pablo Celis a usted le consta que María de Jesús Niño trataba mal a Pablo Celis. CONTESTÓ: No, a mi no me consta nada, yo nunca los oí con esas frases. PREGUNTADO: Sírvase manifestar al despacho si entre los años 1996 al 2000 la pareja de don Pablo Celis y María de Jesús Niño eran vecinos suyos de la calle segunda. CONTESTÓ: Sí, ellos vivían ahí para esa época. (...).”

En punto a la prueba testimonial que resume la Sala, debe precisarse lo siguiente:

1.- Observa la Sala que, las actas de las respectivas audiencias carecen de firma conforme lo dispone el artículo 109 del C. de P. C. Sin embargo, dicha irregularidad no torna en ineficaz la prueba recaudada, pues el principio de inmediación en la práctica de la prueba se tiene por cumplido, en cuanto que, el Juez de primera instancia al proferir la decisión de fondo, valoró y tomó en cuenta los testimonios practicados dentro de las presentes diligencias.

2.- Las manifestaciones de los testigos no resultan contradictorias entre sí ni dan muestra de hechos inverosímiles o poco creíbles que le resten mérito y valor a la prueba.

En criterio de la Sala, debe aceptarse que el causante compartió su vida con los dos grupos familiares en forma simultánea.

Si bien no se demostraron las condiciones particulares de la convivencia simultánea, pues cada grupo de testigos sólo se refiere a una familia en particular, y no puede el juez entrar a derivar supuestos que no se encuentran debidamente soportados en el expediente, es indiscutible que el agente ® PABLO CELIS, compartía en vida sus ingresos, y mantenía relaciones de afecto y ayuda mutua, tanto con su esposa como con su compañera permanente.

3.- La existencia de una convivencia simultánea, es un hecho que aceptó expresamente la señora MARÍA DE JESÚS NIÑO en el escrito de contestación de la demanda, tal y como se lee a folio 227 del expediente.

ii) **De las normas aplicables. El principio de favorabilidad en la determinación del régimen pensional de los miembros de la Fuerza Pública**

El régimen prestacional especial vigente para la época en que se causó el derecho no regula la situación particular del derecho a sustituir la pensión en eventos en que existe convivencia simultánea entre cónyuge y compañera permanente.

La Ley 923 de 2004 “Mediante la cual se señalan las normas, objetivos y criterios que deberá observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública de conformidad con lo establecido en el artículo 150, numeral 19, literal e) de la Constitución Política”, en su artículo 3, numeral 3.7.2., señaló:

“ARTÍCULO 3o. ELEMENTOS MÍNIMOS. <Apartes subrayados **CONDICIONALMENTE** exequibles> El régimen de asignación de retiro, la pensión de invalidez y sus sustituciones, la pensión de sobrevivientes, y los reajustes de estas, correspondientes a los miembros de la Fuerza Pública, que sea fijado por el Gobierno Nacional, tendrá en cuenta como mínimo los siguientes elementos:
(...)

3.7. El orden de beneficiarios de las pensiones de sobrevivencia y de la sustitución de la asignación de retiro o de la pensión de invalidez será establecido teniendo en cuenta los miembros del grupo familiar y el parentesco con el titular. En todo caso tendrán la calidad de beneficiarios, para la sustitución de la asignación de retiro o de la pensión de invalidez:

(...)

3.7.2. En forma temporal, el cónyuge o la compañera permanente supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga menos de 30 años de edad, y no haya procreado hijos con este. La sustitución de la asignación de retiro o de la pensión de invalidez temporal se pagará mientras el beneficiario viva y tendrá una duración máxima de 20 años. En este caso, el beneficiario deberá cotizar al sistema para obtener su propia pensión, con cargo a dicha sustitución. Si tiene hijos con el causante aplicará el numeral 3.7.1.

Si respecto de un titular de asignación de retiro o pensionado por invalidez hubiese un compañero o compañera permanente, con sociedad anterior conyugal no disuelta y derecho a percibir parte de la pensión de que tratan los numerales 3.7.1 y 3.7.2. del presente numeral, dicha pensión se dividirá entre ellos (as) en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido.

En caso de convivencia simultánea en los últimos cinco (5) años, antes del fallecimiento del causante entre un cónyuge y una compañera o compañero permanente, la beneficiaria o el beneficiario de la sustitución de la asignación de retiro o de la pensión de invalidez o de la pensión de sobreviviente será la esposa o el esposo. Si no existe convivencia simultánea y se mantiene vigente la unión conyugal pero hay una separación de hecho, la compañera o compañero permanente podrá reclamar una cuota parte de lo correspondiente al numeral 3.7.1 en un porcentaje proporcional al tiempo convivido con el causante siempre y cuando haya sido superior a los últimos cinco (5) años antes del fallecimiento del causante. La otra cuota parte le corresponderá a la cónyuge con la cual existe la sociedad conyugal vigente.”.

El artículo 6º de la Ley 923 de 2004 consagró el reconocimiento de los beneficios establecidos en dicha norma con retroactividad al 7 de agosto de 2002, para garantizar las situaciones jurídicas consolidadas derivadas de las pensiones de invalidez y sobrevivientes.

A su vez, el Decreto 4433 de 2004, “por medio del cual se fija el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública”, en su artículo 11, Parágrafo 2º., literal b), inciso 3, establece:

“Orden de beneficiarios de pensiones por muerte en servicio activo.

(...)

En caso de convivencia simultánea en los últimos cinco años, antes del fallecimiento del causante entre un cónyuge o compañera o compañero permanente, la beneficiaria o el beneficiario de la sustitución de la asignación de retiro o de la pensión de invalidez o de la pensión de sobreviviente será la esposa o el esposo (...). “.

Del texto de las normas transcritas observa la Sala que, en casos de convivencia simultánea, se prefiere al **cónyuge** a efectos de reconocer la pensión de sobrevivientes. Se tiene entonces que dicha normatividad privilegia el vínculo familiar regentado bajo el matrimonio.

El principio de favorabilidad en la determinación del régimen pensional de los miembros de la Fuerza Pública.

De acuerdo a lo establecido en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, el Sistema Integral de Seguridad Social no se aplica a los miembros de las Fuerzas Militares. Este postulado obedece a lo dispuesto por los artículos 150, numeral 19, literal e), y 217 de la Constitución Política, en los cuales se estableció que la ley debería determinar el régimen salarial y prestacional especial para los miembros de las Fuerzas Militares, el cual se encuentra justificado en el riesgo latente que envuelve el ejercicio de la función pública que desempeñan dichos agentes.

Por regla general se tiene que, las situaciones relacionadas con los derechos, las prerrogativas, los servicios, los beneficios y demás situaciones prestacionales de un trabajador, entre ellas el pago de los derechos pensionales se resuelve con las normas vigentes al tiempo del suceso. Sin embargo, en aplicación del principio de favorabilidad consagrado en el artículo 53 de la Carta Política, es posible considerar, la aplicación de la normatividad más favorable al trabajador "...en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho...".

El artículo 47 (modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003) de la Ley 100 de 1993 establece:

“Artículo 13. Los artículos 47 y 74 quedarán así:

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; **Texto subrayado declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-1094 de 2003.**

b) En forma temporal, el cónyuge o **la compañera permanente** supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga menos de 30 años de edad, y no haya procreado hijos con este. La pensión temporal se pagará mientras el beneficiario viva y tendrá una duración máxima de 20 años. En este caso, el beneficiario deberá cotizar al sistema para obtener su propia pensión, con cargo a dicha pensión. Si tiene hijos con el causante aplicará el literal a).

Declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-1094 de 2003.

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

En caso de convivencia simultánea en los últimos cinco años, antes del fallecimiento del causante entre un cónyuge y una compañera o compañero permanente, la beneficiaria o el beneficiario de la pensión de sobreviviente será la esposa o el esposo. Si no existe convivencia simultánea y se mantiene vigente la unión conyugal pero hay una separación de hecho, **la compañera o compañero permanente** podrá reclamar una cuota parte de lo correspondiente al literal a en un porcentaje proporcional al tiempo convivido con el causante siempre y cuando haya sido superior a los últimos cinco años antes del fallecimiento del causante. La otra cuota parte le corresponderá a la cónyuge con la cual existe la sociedad conyugal vigente; **Texto subrayado declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional C-1035 de 2008, en el entendido de que además de la esposa o esposo, serán también beneficiarios, la compañera o compañero permanente y que dicha pensión se dividirá entre ellos (as) en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido (...)**".

La Corte Constitucional en sentencia C-1035 de 2008¹⁰ dijo:

“(…)

10.2.5.4. Teniendo en cuenta que la situación fáctica que describe el apartado demandado es un fenómeno social, la propia Ley 797 contempló con claridad la posibilidad de que existan vínculos simultáneos. No obstante, de acuerdo a la previsión legislativa, en este tipo de circunstancias sólo tienen acceso a la pensión de sobrevivientes quienes tienen un vínculo matrimonial.

¹⁰ Magistrado Ponente: Jaime Córdoba Triviño

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

10.2.5.6. Al analizar el criterio con base en el cual, en casos de convivencia simultánea, se prefiere al cónyuge a efectos de reconocer la pensión de sobrevivientes, la Corte no encuentra que con la norma se busque alcanzar un fin constitucionalmente imperioso. Es más, la Corte, con base en su propia jurisprudencia, estima que la distinción en razón a la naturaleza del vínculo familiar no puede constituir un criterio con base en el cual, como lo hace la disposición bajo examen, se establezcan tratamientos preferenciales que desconozcan la finalidad legal y constitucional de la pensión de sobrevivientes.

Este planteamiento no es caprichoso. Surge al estudiar en su conjunto la jurisprudencia de esta Corporación sobre la materia (supra 8.3 y 8.4), a partir de la cual se puede concluir que las personas que conviven en condición de compañeros permanentes, históricamente han sido menospreciadas a partir de un patrón de valoración cultural que considera que este tipo de nexos familiares –a pesar de estar protegidos constitucionalmente- constituyen vínculos de segundo orden³⁶.

(...)

10.2.6. En consecuencia, con el fin de eliminar la discriminación advertida y evitar un vacío en la regulación, la Corte considera que los argumentos expresados hasta el momento son suficientes para declarar la constitucionalidad condicionada de la expresión **"En caso de convivencia simultánea en los últimos cinco años, antes del fallecimiento del causante entre un cónyuge y una compañera o compañero permanente, la beneficiaria o el beneficiario de la pensión de sobreviviente será la esposa o el esposo"** contenida en el literal b del artículo 13 de la Ley 797 de 2003 que modificó el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, únicamente por los cargos analizados, en el entendido que además de la esposa o esposo, también es beneficiario de la pensión de sobrevivientes, el compañero o compañera permanente y dicha pensión se dividirá entre ellos (as) en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido.

10.2.7. La adopción de este parámetro, por parte de esta Corporación, no es arbitraria. Surge al observar los criterios fijados por el propio legislador en el literal anterior de la norma cuando establece que "Si respecto de un pensionado hubiese un compañero o compañera permanente, con sociedad anterior conyugal no disuelta y derecho a percibir parte de la pensión de

que tratan los literales a) y b) del presente artículo, dicha pensión se dividirá entre ellos (as) en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido" ⁴⁰

Así, la Corte respetando los criterios hasta ahora definidos por el legislador, centró su análisis exclusivamente en la constitucionalidad de la regulación normativa para reconocer la pensión de sobrevivientes en casos de convivencia simultánea (...)"

iii) El caso concreto

Acreditado como se encuentra en el proceso la convivencia simultánea del causante con las señora MARÍA DE JESÚS NIÑO y HERMINDA FLÓREZ JAIMES, por un tiempo superior a los 15 años, desde la fecha en que formalizaron el vínculo legal y de hecho, hasta su fallecimiento, acogiendo el criterio adoptado por la Corte Constitucional al declarar la exequibilidad condicionada del literal b del artículo 13 de la Ley 797 de 2003, que modificó el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, en el entendido de que además de la esposa o esposo, serán también beneficiarios, la compañera o compañero permanente y que dicha pensión se dividirá entre ellos en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido, la Sala acogiendo su propia línea y precedente judicial considera que, bajo un criterio de justicia y equidad, y en teniendo en cuenta, que la finalidad de la sustitución pensional es la de evitar que las personas que forman parte de la familia y que dependen patrimonialmente del causante puedan quedar sumergidas en el desamparo y abandono económico, en el caso concreto, habiéndose acreditado una convivencia simultánea, se resolverá el conflicto concediendo la sustitución de la asignación mensual de retiro que devengaba PABLO CELIS, a su cónyuge y a su compañera permanente, distribuido el valor que corresponda en partes iguales entre las mismas, con quienes convivió varios años antes de su muerte, y consolidó un grupo familiar.

Como lo ha precisado la Sala¹¹, no existen razones que justifiquen un trato diferente al que aquí se dispone pues concurre el elemento material de convivencia y apoyo mutuo, de manera simultánea, por voluntad propia del causante, en cabeza de la cónyuge y de la compañera.

¹¹ Exp. 2410-2004

Del reconocimiento del derecho a la sustitución de la asignación mensual de retiro

1.- A favor de la señora MARÍA DE JESÚS NIÑO, en su condición de cónyuge superviviente, la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional, deberá reconocer dentro de este proceso, el 50% de la asignación mensual de retiro que devengaba el extinto Pablo Celis, desde la fecha de su muerte hasta el 7 de enero de 2008, fecha en la cual según consta en el expediente, falleció la mencionada señora MARÍA DE JESUS NIÑO DE CELIS, en su calidad de beneficiaria de la pensión.

El derecho a la sustitución pensional de la señora MARÍA DE JESUS NIÑO no se transfiere, se trata de un derecho que se extingue con el hecho de su muerte. Sin embargo, las mesadas pensionales causadas a favor de la señora MARÍA DE JESÚS NIÑO, desde el 18 de septiembre de 2000 (fecha de la muerte de su cónyuge, señor PABLO CELIS fl. 8), y hasta el 7 de enero de 2008, pasan a formar parte de la respectiva masa herencial.

De otra parte ha de señalar la Sala que, con ocasión del fallecimiento de la señora MARÍA DE JESÚS NIÑO, al señor JOSÉ MANUEL CELIS NIÑO, en su condición de hijo, no le asiste derecho pensional en la medida en que de acuerdo con lo probado, no se acreditaron los supuestos normativos que eventualmente lo legitimarían en su derecho.

2.- A favor de la señora HERMINDA FLÓREZ JAIMES, en su condición de compañera permanente del causante, la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional, deberá reconocer el 50% de la asignación mensual de retiro que devengaba el extinto Pablo Celis, desde la fecha de su muerte, esto es, el 18 de septiembre de 2000, hasta el 7 de enero de 2008, fecha esta última a partir de la cual, conforme a lo previsto en el PARAGRAFO 1º del artículo 8º del Decreto 1889 de 1994¹², la parte de la pensión inicialmente reconocida a la cónyuge, acrecerá la porción de la compañera permanente, correspondiéndole el 100% de lo que devengaba el causante por concepto de asignación mensual de retiro.

¹² “Cuando expire o se pierda el derecho de alguno de los beneficiarios del orden indicado en los numerales anteriores, la parte de su pensión acrecerá la porción de los beneficiarios del mismo orden”.

En estas condiciones se impone REVOCAR la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Santander el 15 de noviembre de 2007, para en su lugar declarar la nulidad de los actos administrativos demandados y a título de restablecimiento del derecho ordenar el reconocimiento y pago de la sustitución de la asignación mensual de retiro que devengaba el extinto Agente ® Pablo Celis, distribuída en partes iguales entre su cónyuge, señora MARÍA DE JESÚS NIÑO DE CELIS, y su compañera permanente, señora HERMINDA FLÓREZ JAIMES, de acuerdo con lo señalado en el acápite que antecede.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

F A L L A

REVÓCASE la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Santander el 15 de noviembre de 2007 que negó las súplicas de la demanda presentada por la señora HERMINDA FLÓREZ JAIMES, contra la CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE LA POLICÍA NACIONAL.

En su lugar se dispone:

1.- Declárase la nulidad de las Resoluciones Nos. 0318 de 25 de enero de 2001 y 1932 de 17 de abril de 2001, expedidas por la Dirección General de la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional.

2.- Condénase a la CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE LA POLICÍA NACIONAL, a reconocer y pagar a favor de la señora MARÍA DE JESÚS NIÑO DE CELIS, el 50% de la asignación mensual de retiro que devengaba el extinto Pablo

Celis, desde la fecha de su muerte, esto es, el 18 de septiembre de 2000, hasta el 7 de enero de 2008.

3.- Condénase a la CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE LA POLICÍA NACIONAL, a reconocer y pagar a favor de la señora HERMINDA FLÓREZ JAIMES, el 50% de la asignación mensual de retiro que devengaba el extinto Pablo Celis, esto es, desde el 18 de septiembre de 2000 hasta el 7 de enero de 2008, fecha esta última a partir de la cual, conforme a lo previsto en el PARAGRAFO 1º del artículo 8º del Decreto 1889 de 1994¹³, la parte de la pensión que correspondía a la cónyuge acrecerá la porción de la compañera permanente, correspondiéndole el 100% de lo que devengaba el causante por concepto de asignación mensual de retiro.

4.- Las sumas que se reconozcan e serán ajustadas en los términos del artículo 178 del C.C.A., dando aplicación a la siguiente fórmula:

$$R= R.H \frac{\text{INDICE FINAL}}{\text{INDICE INICIAL}}$$

En la que el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (R.H), que es lo dejado de percibir por el demandante por concepto de la pensión de invalidez hasta la fecha de ejecutoria de esta sentencia, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el Dane, vigente en la fecha de ejecutoria de esta providencia, por el índice vigente en la

¹³ “Cuando expire o se pierda el derecho de alguno de los beneficiarios del orden indicado en los numerales anteriores, la parte de su pensión acrecerá la porción de los beneficiarios del mismo orden”.

fecha en que se causaron las sumas adeudadas, teniendo en cuenta los aumentos o reajustes producidos o decretados durante dicho período.

Es claro que por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará separadamente por cada suma correspondiente a la sustitución de la asignación mensual de retiro que se dejó de percibir desde el 18 de septiembre de 2000, teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de causación de cada uno de ellas.

Cópiese, notifíquese y ejecutoriada devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Discutida y aprobada en sesión de la fecha.

GERARDO ARENAS MONSALVE

VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA

BERTHA LUCÍA RAMÍREZ DE PÁEZ