



Cartagena de Indias D. T. y C., veintidós (22) de noviembre de dos mil veintiuno (2021)

I.- IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO, RADICACIÓN Y PARTES INTERVINIENTES

Medio de control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicado	13-001-33-33-014-2017-00244-01
Demandante	LUZ MARINA ORTEGA RODRÍGUEZ
Demandado	CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES Y DELCY PADILLA CONTRERAS (vinculada)
Tema	<i>Sustitución pensional miembro de la fuerza pública</i>
Magistrado Ponente	MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ

II.- PRONUNCIAMIENTO

Procede la Sala Fija de Decisión No. 004¹ del Tribunal Administrativo de Bolívar a resolver el recurso de apelación interpuesto por la señora LUZ MARINA ORTEGA RODRÍGUEZ (demandante), y la señora DELCY PADILLA CONTRERAS (vinculada), contra la sentencia del 30 de septiembre de 2019, proferida por el Juzgado Décimo Cuarto Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante la cual se resolvió acceder parcialmente a las pretensiones de la demanda.

2.1. Cuestión previa:

En la actualidad, el Despacho tiene en su conocimiento procesos que entraron para proferir fallo definitivo con anterioridad al presente asunto, situación que, en los términos del artículo 18 de la Ley 446 de 1998, exigiría su decisión en el orden cronológico en que pasaron los expedientes al Despacho.

No obstante, la Ley 1285 de 2009 en el artículo 16, permite decidir, sin sujeción al orden cronológico de turno, los procesos en relación con los cuales su decisión definitiva “entrañe sólo la reiteración de la jurisprudencia”.

En el presente caso, el objeto de debate se refiere al reconocimiento de la sustitución pensional de un miembro de la fuerza pública, tema respecto del cual el Consejo de Estado ha definiendo las reglas para su estudio, motivo por

¹En aplicación del artículo 4 del ACUERDO PCSJA20-11521 de 19 de marzo de 2020 del CSJ que autorizó a los Tribunales del país para hacer reuniones de trabajo y sesiones virtuales.

13-001-33-33-014-2017-00244-01

el cual, con fundamento en el artículo 16 de la Ley 1285, se procede a resolver el presente asunto de manera anticipada.

III.- ANTECEDENTES

3.1. LA DEMANDA²

3.1.1. Pretensiones³.

La parte accionante solicitó que se le concedieran las siguientes pretensiones:

1. *"Solicito se sirvan declarar la nulidad parcial de las resoluciones número 3849 del 31 de mayo de 2016 y 5116 del 26 de julio de 2016, en cuanto negaron la sustitución de la asignación salarial de retiro a la demandante y en su defecto conceder sustitución de asignación salarial de retiro a la señora: LUZ MARINA ORTEGA RODRÍGUEZ, identificada con CC N° 45441961, en calidad de conyugue supérstite del finado DIEGO HURTADO MARÍN.*
2. *Que como consecuencia de la anterior declaración, y a título de restablecimiento del derecho, se incluya de manera vitalicia, en nómina de la caja de retiro de las fuerzas militares a la señora LUZ MARINA ORTEGA RODRÍGUEZ, como cónyuge supérstite beneficiaria de la asignación de retiro del fallecido.*
3. *Que se cancelen los haberes que existieron a favor del señor DIEGO HURTADO MARÍN antes de la fecha de su fallecimiento y las mesadas dejadas de efectuar a la demandante LUZ MARINA ORTEGA RODRÍGUEZ, a partir del fallecimiento del señor DIEGO HURTADO MARÍN.*
4. *Que se paguen los respectivos intereses moratorios de todas y cada una de las mesadas dejadas de percibir por la demandante*
5. *Que se vincule al sistema de salud de las fuerzas militares a la señora LUZ MARINA ORTEGA RODRÍGUEZ, en calidad de conyugue supérstite del fallecido DIEGO HURTADO MARÍN*
6. *Que se condene al pago de la indemnización de daños morales, que por la negativa de sustituir la asignación salarial de retiro a que tiene derecho la demandante, le fueron ocasionados por la caja de retiro de las fuerzas militares, en el orden de 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes.*
7. *Que se condene en costas y agencias en derecho a la entidad demandada caja de retiro ele las fuerzas militares".*

² Folio 2-14 cdno 1

³ Folio 10-11 cdno 1

3.1.2. Hechos⁴.

La parte demandante desarrolló los argumentos fácticos, que se ha de sintetizar así:

La señora LUZ MARINA ORTEGA RODRÍGUEZ, fue cónyugue del finado DIEGO HURTADO MARÍN, quien en vida gozaba de una asignación de retiro, a cargo de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares. La demandante dependía económicamente de este.

La señora LUZ MARINA ORTEGA RODRÍGUEZ y el señor DIEGO HURTADO MARÍN, estuvieron casados por 30 años aproximadamente, en los cuales hicieron vida marital y de cuya unión nacieron dos hijos a saber: Jessica Hurtado Ortega y Diego Fernando Hurtado Ortega.

La sociedad conyugal existente entre LUZ MARINA ORTEGA RODRÍGUEZ y el señor DIEGO HURTADO MARÍN nunca fue liquidada ni disuelta, esta, se mantuvo vigente hasta el fallecimiento del señor DIEGO HURTADO MARÍN, hecho que acaeció el día 20 de diciembre de 2015, en la ciudad de Cartagena.

A mediados del mes de junio de 2011, después de más de 25 años de convivencia ininterrumpida, las condiciones de convivencia entre la señora LUZ MARINA ORTEGA RODRÍGUEZ y el señor DIEGO HURTADO MARÍN, cambiaron, pues este último dejó de dormir bajo el mismo techo, debido a sus infidelidades. A pesar de lo anterior, el señor DIEGO HURTADO MARÍN nunca dejó de tener manifestaciones de socorro y apoyo mutuo con su esposa, hasta el último día de su vida, pues la señora LUZ MARINA dependía económicamente del difunto.

Mediante solicitud adiada 14 de enero de 2016, la señora LUZ MARINA elevó petición ante CREMIL, a través de la cual solicitó que le fuera sustituida la correspondiente asignación de retiro de la cual gozaba su fallecido cónyugue.

La caja de retiro de las fuerzas militares, dio respuesta a la solicitud, expidiendo el Oficio N° 320, certificado CREMIL: 1721169, mediante el cual solicitó a la peticionaria que, para continuar con el trámite, allegara a la entidad una serie de documentación tales como: declaración extra juicio, los domicilios compartidos con el finado durante los últimos 10 años, las pruebas que

⁴ Folio 2-4 cdno 1

13-001-33-33-014-2017-00244-01

considerara pertinentes a fin de acreditar la real convivencia con el militar durante los últimos 5 años anteriores al fallecimiento. De igual forma, en el oficio citado, se le informó que la señora DELSY ISABEL PADILLA CONTRERAS, en calidad de compañera permanente y en representación de su hija DIANA CAROLINA HURTADO PADILLA, había solicitado la asignación de retiro del militar fallecido.

La situación anterior se definió, a través de la Resolución 3849 del 31 de mayo de 2016, mediante la cual se negó la sustitución de asignación de retiro a la señora LUZ MARINA ORTEGA RODRÍGUEZ, y se le concedió a la compañera permanente y a la hija, en proporción- del 50% para cada una. Lo anterior, bajo el supuesto que la cónyuge LUZ MARINA ORTEGA RODRÍGUEZ no había demostrado la convivencia efectiva los 5 años anteriores al fallecimiento del militar.

Contra la resolución antes referida, la señora LUZ MARINA ORTEGA, interpuso recurso de reposición, el cual fue denegado mediante la Resolución 5116 del 26 de julio de 2016, y en su lugar se confirmó la decisión primigenia.

3.1.3 Normas violadas y concepto de la violación

La parte actora considera violadas las siguientes disposiciones: artículos 1, 4, 5, 6, 13, 42, 48, 49, 93 y 94 y artículos 115, 152 y 160; ley 100 de 1993, artículos 46, 47 y 48, los cuales han sido modificados por la ley 737 de 2003, artículos 12 y 13, así como el decreto 4433 de 2004 en su artículo 11.

Alega que, la Corte Constitucional en Sentencia C 336 de 2014, con fundamento en lo establecido en el inciso final del literal b) del artículo 13 de Ley 797 de 2003, establece que, procede el reconocimiento y pago de una cuota parte de la sustitución pensional o pensión de sobrevivientes a favor de la cónyuge y de la compañera permanente del causante afiliado o pensionado-, incluso - cuando no existe convivencia simultánea del causante con ambas beneficiarias, es decir, la compañera permanente demuestra que convivió con el causante por un tiempo superior a los últimos cinco años antes de su fallecimiento, pero la cónyuge mantiene vigente la unión conyugal, aunque exista una separación de hecho.

Que, dentro de ese grupo de regímenes exceptuados de la aplicación de la Ley 100/93, se encuentra el aplicable a las Fuerzas Militares, el cual ha sido desarrollado principalmente por la Ley 923 de 1994 y el Decreto 4433 de 2004 que, en el párrafo 2º del artículo 11 del Decreto 4433 de 2004, consagra:

13-001-33-33-014-2017-00244-01

- a) *En forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente o supérstite. En caso de que la sustitución de la asignación de retiro o pensión de invalidez 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 inmediatamente anteriores a su muerte;*
- b) (...) *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 literales a y b del presente párrafo, 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 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 serán la esposa o el esposo. Si no existe convivencia simultánea y se mantiene vigente la unión conyugal pero hay una separación de hecho, la compañera o compañero permanente podrá reclamar una cuota parte de lo correspondiente al literal a en un porcentaje proporcional al tiempo convivido con el causante siempre y cuando haya sido superior a los últimos cinco años antes del fallecimiento del causante. La otra cuota parte le corresponderá a la cónyuge con la cual existe la sociedad conyugal vigente."

De lo señalado, concluye que las solicitudes de reconocimiento y pago de la sustitución de la asignación de retiro, deben ser estudiadas por la Administración a la luz de los requisitos previstos en la ley y con base en las pruebas que permitan identificar bajo cual supuesto de hecho se encuentran los posibles beneficiarios del causante.

3.2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

3.2.1 CREMIL⁵.

Esta entidad dio contestación a la demanda, manifestando que el señor Suboficial Jefe (R) de la Armada DIEGO HURTADO MARÍN, devengaba asignación de retiro a cargo de esta Entidad. Que el citado militar falleció el 20 de diciembre de 2015, y que para reclamar la sustitución de asignación de retiro, se presentaron las señoras, LUZ MARINA ORTEGA RODRÍGUEZ (esposa) y DELCY ISABEL PADILLA CONTRERAS (compañera permanente); así como la menor DIANA CAROLINA HURTADO PADILLA, en calidad de hija.

Mediante Resoluciones 3849 del 31 de mayo de 2016 y No. 5116 del 26 de julio de 2016, se negó el derecho a la señora LUZ MARINA ORTEGA RODRÍGUEZ y

⁵ Folio 52-57 cdno 1

13-001-33-33-014-2017-00244-01

se ordenó el pago de la pensión a la señora DELCY ISABEL PADILLA CONTRERAS y DIANA CAROLINA HURTADO PADILLA en un 50% para cada una.

Posteriormente, con Resolución 7696 del 4 de noviembre de 2016, se suspendió el pago de la pensión a DIANA CAROLINA HURTADO PADILLA, puesto que se presentó reclamación por parte de la menor YENNIFER VANESSA HURTADO, quien también alegó ser hija del causante. A través de Resolución 8791 del 30 de octubre de 2017, se dispuso el pago de la pensión así:

- DELCY ISABEL PADILLA CONTRERAS: 50%
- DIANA CAROLINA HURTADO PADILLA: 25%
- YENNIFER VANESSA HURTADO: 25%

Afirma, que la accionante no tiene derecho al reconocimiento de la pensión, como quiera que el Decreto 4433 de 2004 exige que cuando subsista la esposa y la compañera permanente del causante de la pensión, estas deben acreditar que convivieron con el causante dentro de los 5 años anteriores a su muerte. Que, el artículo 12 de la norma en cita establece que se entiende que falta el cónyuge o compañero (a) permanente y, por lo tanto, se pierde el derecho a la pensión de sobrevivientes o a la sustitución de la asignación de retiro o de la pensión de invalidez, en cualquiera de las siguientes circunstancias: 12.5 Cuando lleven cinco (5) o más años de separación de hecho.

Se tiene entonces, que la no acreditación de convivencia los últimos cinco años anteriores a la muerte del militar, es causal para no acceder al derecho reclamado. Es así, que en el presente caso hay una causal que impide el reconocimiento de la sustitución pensional a la actora, como lo es la no acreditación de convivencia los últimos cinco años anteriores a la muerte del militar; entonces bajo estos presupuestos mal podría la Administración otorgarle la sustitución pensional. En el presente caso, la Entidad profirió los actos administrativos acusados, con fundamento en el régimen especial establecido para tal fin, vale decir el Decreto 4433 de 2004; se tienen entonces que esta Caja actuó conforme a derecho, motivo suficiente para no desvirtuar la legalidad de sus actos y en consecuencia se 'deben negar la suplicas de la demanda.

Solicita que, en el evento de proceder el pago, este se reconozca a partir de la sentencia y no desde antes, pues ello implicaría un doble pago de prestación social, como quiera que está ya venía siendo percibida por la señora Delcy Padilla,



3.2.2 Delcy Isabel Padilla Contreras⁶

La señora Delcy Isabel Padilla Contreras fue vinculada al proceso por ser la compañera permanente del causante de la pensión en discusión. Esta manifestó que son parcialmente ciertos los hechos de la demanda, sin embargo, expuso que el señor DIEGO HURTADO MARÍN no le brindaba ayuda económica a su esposa, con quien estaba separado de cuerpo desde hacía más de 8 años.

Manifestó, que durante la convalecencia del señor Hurtado Marín por la enfermedad, este recibió el apoyo incondicional de ella, quien lo cuidó en todo momento durante su proceso.

En su defensa, propuso las excepciones de caducidad y abuso del derecho.

3.3. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA⁷

La Juez de primera instancia, mediante providencia del 30 de septiembre de 2019, accedió a las pretensiones de la demanda, así:

PRIMERO: Declárese la nulidad del artículo primero de la Resolución 3849 del 31 de mayo de 2016 y la nulidad absoluta de la Resolución 5116 del 26 de julio de 2016, mediante las cuales la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares negó el derecho a la señora Luz. Marina Ortega Rodríguez a sustituir la asignación de retiro que en vida recibía su cónyuge, el Suboficial Jefe® Diego Hurtado Marín.

SEGUNDO: Como consecuencia de la anterior declaración se le ordena a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares que el cincuenta por ciento (50%) de la asignación de retiro que se encuentra en litigio y que venía siendo pagada a la señora Delcy Isabel Padilla Contreras, sea redistribuida así:

- *A la señora Luz Marina Ortega Rodríguez: Treinta por ciento (30%) en calidad de cónyuge separada. de hecho.*
- *A la señora Delcy Isabel Padilla Contreras: Veinte por ciento (20%) en calidad de compañera permanente.*

TERCERO: Pagar a las señoras Luz Marina Ortega Rodríguez y Delcy Isabel Padilla Contreras los retroactivos suspendidos por concepto de asignaciones mensuales correspondientes a los meses de septiembre, octubre, noviembre y diciembre del año 2018 y enero, febrero, marzo, abril y mayo del año 2019 en la misma proporción del derecho reconocido.

⁶ Folio 123-128

⁷ Folio 215-222 cdno 1

13-001-33-33-014-2017-00244-01

El Despacho a quo expuso, que tanto la Ley 923 de 2004, como el Decreto 4433 de 2004, establecen el derecho de la conyugue separada de cuerpo, que mantiene vigente el vínculo matrimonial, a recibir una cuota parte de la pensión del causante, siempre y cuando acredite la convivencia con este durante más de 5 años, en cualquier tiempo. Que, en este caso, efectivamente el vínculo matrimonial entre los señores Diego Hurtado Marín y Luz Marina Ortega nunca fue disuelto pues no hay prueba de ello ni existe oposición por parte de la demandada y la vinculada, conservándose el matrimonio hasta el momento del fallecimiento del señor Hurtado, hecho ocurrido el día 20 de diciembre del año 2015.

Sostuvo, que a partir del interrogatorio formulado a la señora Delcy Padilla, los testimonios rendidos ante este juzgado y las documentales que reposan en el expediente se podía determinar que la convivencia de la señora Luz Marina Ortega Rodríguez con el señor Hurtado se registró de forma permanente y exclusiva desde el 28 de septiembre de 1985 hasta el mes de enero de 2005 y de forma simultánea hasta mediados del año 2011; que la señora Delcy Padilla, convivió en forma permanente y simultánea desde enero de 2005 hasta junio de 2011 y de forma exclusiva desde junio de 2011 hasta la fecha de fallecimiento del señor Hurtado el día 20 de diciembre de 2015.

Consideró que, como la señora Luz Marina Ortega Rodríguez había convivido aproximadamente 25 años con el señor Diego Hurtado y la señora Delcy Isabel Padilla Contreras casi los 11 años; a la primera le correspondía el 30% del 50% de la pensión en disputa y el 20% restante era para la compañera permanente, teniendo en cuenta el tiempo convivido.

Expuso que, en razón de lo anterior, había lugar a declarar la nulidad del artículo 1º de la Resolución 3849 del 31 de mayo de 2016 y la Resolución 5116 del 26 de julio de 2016 proferidas por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares.

3.4. RECURSO DE APELACIÓN

3.4.1 LUZ MARINA ORTEGA

Solicita que se modifique la sentencia de primera instancia, en el sentido de aumentar el porcentaje de la pensión reconocida a la señora Luz Marina Ortega, toda vez que tiempo que ella convivió con el causante fue prácticamente el doble del que vivió la compañera permanente. Así las cosas, afirma que, la división realizada por el despacho a quo no atiende a la proporción que debe tener relación directa con los tiempos efectivos de convivencia.

13-001-33-33-014-2017-00244-01

Apela también la no ordenación del pago de las mesadas causadas desde el fallecimiento del causante, lo que, a su juicio, comporta una violación a su derecho a ser reparada. Expone, que la Caja de Retiro debió suspender, por lo menos el 25% de la asignación de retiro concedida inicialmente a la compañera permanente, hasta tanto se decidiera en la jurisdicción contenciosa el conflicto surgido. Ahora bien, hacer entrega proporcionalmente de los haberes que corresponden a los meses de septiembre, octubre, noviembre, diciembre, de 2018 y enero, febrero, marzo y abril de 2019, sería seguir premiando de manera injustificada a quien se ha beneficiado de unos actos administrativos que violaron la ley.

3.4.2 DELCY ISABEL PADILLA CONTRERAS⁸

El apoderado de la señora Delcy Isabel Padilla Contreras presentó recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, manifestando que su desacuerdo con la misma, toda vez que considera que el Juez a quo debió dividir el 50% de la pensión, en dos mitades iguales para cada, la conyugue y la compañera permanente.

Expone, que la decisión del Juez de primera instancia de reconocer a la señora Luz Marina Ortega, en calidad de cónyuge separado de hecho, el valor del 30% del 50% de la pensión del causante, viola el derecho a la igualdad y la Administración de justicia frente a la señora Delcy Padilla, por cuanto no se encuentra ajustado a los criterios de adecuación y graduación previstos en la norma; o, en caso de no existir estos, a su sentido de justicia, que debe propender por una medida proporcional en el marco de una igualdad real efectiva a los hechos ocurridos.

Sostiene que, el artículo 13 de la carta magna, establece que ese derecho a la igualdad conlleva garantías en favor de las personas que gozaran de estos mismos derechos y oportunidades sin ninguna discriminación. Que, facultar al cónyuge, separado de cuerpo y sin convivencia simultánea o sea a la señora Luz Marina Ortega Rodríguez en calidad de cónyuge, para reclamar una cuota parte de la pensión de sobrevivientes, que le corresponde al compañero permanente en cabeza de la señora Delcy Isabel Padilla Contreras, en calidad de compañera permanente, vulnera el derecho a la igualdad de este último, al otorgar privilegios legales injustificados sobre el derecho pensional de la persona que durante los últimos cinco años previos al fallecimiento del causante, estuvo haciendo vida marital efectiva con él; ello, por el simple hecho de no haberse disuelto la sociedad Conyugal.

⁸ Fols. 224-229 Cdo no 1

13-001-33-33-014-2017-00244-01

Afirma que, ese trato legal discriminatorio se fundamenta exclusivamente en la prevalencia del vínculo matrimonial desconociendo el derecho al desarrollo de la libre personalidad de la pareja que decidió formar un hogar nuevo y unir su vida sin formalismos rituales o legales.

En su defensa, invocó varias sentencias de tutela en las que, estándose frente a una situación igual a la que hoy nos concierne, el juez optó por reconocer la pensión a las interesadas en un 50% para cada una, del monto que les correspondía.

3.5. ACTUACIÓN PROCESAL.

El proceso en referencia fue repartido ante el Tribunal Administrativo de Bolívar, el 28 de febrero de 2020⁹, por lo que se procedió a dictar auto admisorio del recurso el 24 de noviembre de 2020¹⁰; y, en el mismo se corrió traslado para alegar de conclusión.

3.6. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

3.6.1. Parte demandante: No presentó escrito de alegatos.

3.6.2. Parte vinculada: Presentó alegatos reiterando los argumentos del recurso¹¹

3.6.3. Ministerio Público: No presentó concepto.

IV.- CONTROL DE LEGALIDAD

Tramitada la primera instancia y dado que, no se observa causal de nulidad, impedimento o irregularidad que pueda invalidar lo actuado, se procede a decidir la controversia suscitada entre las partes, previas las siguientes,

V.- CONSIDERACIONES

5.1 Competencia.

Es competente esta Corporación para conocer el presente proceso en segunda instancia, por disposición del artículo 153 del CPACA. De igual forma se aclara que dicha competencia se circunscribe únicamente en relación con

⁹ Fol. 3 Cdno 2

¹⁰ Folio. 5 Cdno 2

¹¹ Folio 9 – 12 cdno apelaciones



13-001-33-33-014-2017-00244-01

los reparos concretos formulados por el apelante, conforme los artículos 320 y 328 del C.G.P.

5.2 Problema jurídico

De acuerdo con los argumentos expuestos en el recurso de apelación, el problema jurídico que se debe resolver es el siguiente:

*¿Es procedente el pago de la sustitución pensional a la esposa y la compañera permanente en forma proporcional al tiempo convivido?
¿Los porcentajes reconocidos por la juez de primera instancia son equivalentes a dichos periodos de convivencia?*

¿La decisión anterior, y la Ley, vulneran el derecho a la Igualdad de la señora Delcy Isabel Padilla Contreras?

¿Es procedente ordenar a CREMIL que se pague a la señora Luz Marina Ortega Rodríguez las mesadas pagadas a la señora Delcy Isabel Padilla Contreras?

5.3 Tesis de la Sala

La Sala considera que, de acuerdo con las normas que rigen la materia, Ley 100/93 y Decreto 4433/03, es procedente el pago de la sustitución pensional a la esposa y la compañera permanente en forma proporcional al tiempo convivido; sin embargo, debe aclararse que los porcentajes reconocidos por la juez de primera instancia no son equivalentes a dichos periodos de convivencia por lo que la sentencia de primera instancia debe ser modificada.

Por otra parte, se tiene que no es cierto que la distribución de la pensión ordenada en la ley afecte el derecho a la igualdad de la señora Padilla, en la medida en que lo que se busca con la norma no es privilegiar a la esposa sobre la compañera permanente, sino dividir la pensión del causante en forma proporcional al tiempo compartido con el mismo, de una forma equitativa.

Por último, es preciso mencionar que no es procedente ordenar a CREMIL que se pague a la señora Luz Marina Ortega Rodríguez las mesadas pagadas a la señora Delcy Isabel Padilla Contreras, como quiera que ello constituye un doble pago.

5.4 MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

5.4.1 De la sustitución pensional

Con la finalidad de atender la contingencia derivada de la muerte, el legislador previó a las denominadas pensión de sobrevivientes y la sustitución pensional, para suplir la ausencia repentina del apoyo económico que brindaba el afiliado 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.

Ahora, si bien es cierto que la pensión de sobrevivientes y la sustitución pensional tienen por finalidad evitar que los beneficiarios de un trabajador fallecido carezcan del apoyo económico que éste les brindaba, ambas figuras son diferentes, pues la **sustitución pensional** es aquella prestación que se le otorga al núcleo familiar de un pensionado o del afiliado que cumple con los requisitos legalmente exigibles para pensionarse que fallece, en tanto que la **pensión de sobrevivientes** es aquella prestación que se le otorga al núcleo familiar del afiliado no pensionado, que fallece sin cumplir con los requisitos mínimos para obtener la pensión.

En lo que se refiere a las Fuerzas Militares, su régimen ha sido desarrollado principalmente por la Ley 923 de 1994²⁹ y el Decreto 4433 de 2004. En este último cuerpo normativo se estableció la «sustitución de la asignación de retiro» como equivalente de la pensión de sobrevivientes o sustitución pensional, previstas en el régimen general de pensiones. En ese sentido, el artículo 40 del Decreto 4433 de 2004, establece:

«A la muerte de un Oficial, Suboficial, alumno de la escuela de formación o Soldado de las Fuerzas Militares, Oficial, Suboficial, miembro del Nivel Ejecutivo, Agente o alumno de la escuela de formación de la Policía Nacional, en goce de asignación de retiro o pensión, sus beneficiarios en el orden y proporción establecidos en el artículo 11 del presente decreto, tendrán derecho a una pensión mensual que será pagada por la entidad correspondiente, equivalente a la totalidad de la asignación o pensión que venía disfrutando el causante».

Igualmente, el orden y la proporción en que recibirán los beneficiarios la sustitución de la asignación de retiro, se encuentra dispuesto en el párrafo 2.º del artículo 11 del Decreto 4433 de 2004, en los siguientes términos:

«Parágrafo 2º. Para efectos de la sustitución de la asignación de retiro o de la pensión de invalidez, cuando exista cónyuge y compañero o compañera permanente, se aplicarán las siguientes reglas:



13-001-33-33-014-2017-00244-01

a) En forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente o supérstite. En caso de que la sustitución de la asignación de retiro o pensión de invalidez 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 inmediatamente anteriores a su muerte;

b) En forma temporal, el cónyuge o la compañera permanente supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga menos de treinta (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 se aplicará el literal anterior.

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 literales a y b del presente parágrafo, 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 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. 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.» (Subraya fuera del original)

Ahora bien, el artículo 12 del Decreto 4433 de 2004 consagra los eventos en los cuales se pierde la condición de beneficiario, como son:

«[...]Se entiende que falta el cónyuge o compañero (a) permanente y por lo tanto se pierde el derecho a la pensión de sobrevivientes o a la sustitución de la asignación de retiro o de la pensión de invalidez, en cualquiera de las siguientes circunstancias, según el caso:

12.1 Muerte real o presunta.

12.2 Nulidad del matrimonio.

12.3 Divorcio o disolución de la sociedad de hecho.

12.4 Separación legal de cuerpos.

12.5 Cuando lleven cinco (5) o más años de separación de hecho» (Negrilla de la Sala).

13-001-33-33-014-2017-00244-01

Como se aprecia, la citada disposición incluye una causal de pérdida del derecho de acceso al reconocimiento de sustitución de la asignación de retiro, que vas más allá de las previsiones establecidas por el régimen general, que permitió al (a) cónyuge supérstite separado (a) de hecho ser beneficiario (a) de la citada prestación cuando demuestra que hizo vida en común con el causante por lo menos durante cinco (5) años, en cualquier tiempo. Ahora bien, el Consejo de Estado ha considerado oportuno, en estos eventos, darle aplicación a las disposiciones de la Ley 100/93 que rigen la misma materia, en virtud del principio de favorabilidad¹².

5.4.2 Derecho al reconocimiento de la sustitución pensional del cónyuge supérstite separado de hecho.

En el régimen pensional general de la Ley 100/93, también se consagra el derecho a percibir la pensión de sobreviviente y la sustitución pensional en los artículos 47 y 74; sin embargo dichas normas fueron modificadas por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, el cual, es relevante en este caso, teniendo en cuenta que contempló las circunstancias de relaciones simultaneas entre el causante de una pensión sus parejas; así como el evento en el que existiera la un vínculo matrimonial vigente con separación de cuerpo y un(a) compañero(a) permanente:

ARTÍCULO 13. Los artículos 47 y 74 quedarán así:

Artículo 47. Beneficiarios de la Pensión de Sobrevivientes. Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:

(...)

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*

¹² CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN A. Consejero ponente: GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ. Bogotá, D. C., veinte (20) de febrero de dos mil veinte (2020). Radicación número: 05001-23-33-000-2017-02535-01 (1452-19)

13-001-33-33-014-2017-00244-01

cinco años antes del fallecimiento del causante. La otra cuota parte le corresponderá a la cónyuge con la cual existe la sociedad conyugal vigente; (...)

La Corte Constitucional, al estudiar la constitucionalidad de la norma anterior, declaró su exequibilidad, en la sentencia C-336 de 2014²³, en la cual determinó que el precepto en comento no violaba el derecho a la igualdad de la compañera permanente que debe compartir la pensión de sobrevivientes **con la cónyuge separada de hecho**, pues no se está frente a idénticos supuestos fácticos, dado que la cónyuge con sociedad conyugal vigente y que no convivía al momento de la muerte con el causante y la última compañera permanente, pertenecen a grupos diferentes. A este respecto se retomó la jurisprudencia constitucional que indica la diferenciación existente entre el matrimonio y la unión marital de hecho.

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

«[...]

Respecto al tipo de convivencia –en el caso de convivencia simultánea- la Corte puntualizó en la sentencia C-1035 de 2008 que no se trata de cualquier relación, sino que para determinar al beneficiario de la pensión de sobrevivientes, ésta debe reunir las siguientes condiciones:

(...) convivencia caracterizada por la clara e inequívoca vocación de estabilidad y permanencia, esto es, que ocurran al mismo tiempo la convivencia del causante con el respectivo cónyuge y con el compañero o compañera permanente durante los cinco años previos a la muerte del causante y excluye de antemano las relaciones casuales, circunstanciales, incidentales, ocasionales, esporádicas o accidentales que haya podido tener en vida el causante, **como tampoco se refiere a aquellas situaciones en las cuales el causante convivió con diversas personas de forma sucesiva (no simultánea), situación que tiene su regulación especial.**

Ahora bien, en lo que respecta al tipo de convivencia objeto de esta providencia –no simultánea-, tan solo difiere de la anterior concepción en el momento de su consolidación, puesto que si bien es el compañero permanente quién debe acreditar de forma clara e inequívoca la vocación de estabilidad y permanencia con el causante durante los cinco años previos a su muerte, **para caso del cónyuge supérstite**

13-001-33-33-014-2017-00244-01

con separación de hecho el quinquenio de la convivencia naturalmente deberá verificarse con antelación al inicio de la última unión marital de hecho.»

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

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

«Tal interpretación que ha desarrollado la Sala, sin embargo, debe ser ampliada, en tanto no es posible desconocer que el aparte final de la norma denunciada, evidencia que el legislador respetó el concepto de unión conyugal, y ante el supuesto de no existir simultaneidad física, reconoce una cuota parte a la cónyuge que convivió con el pensionado u afiliado, manteniéndose el vínculo matrimonial, aun cuando existiera separación de hecho.

*Esa medida, sin lugar a dudas, equilibra la situación que se origina cuando una pareja que decidió formalizar su relación, y que entregó parte de su existencia a la conformación de un común proyecto de vida, que inclusive coadyuvó con su compañía y su fortaleza a que el trabajador construyera la pensión, **se ve desprovista del sostén que aquel le proporcionaba; esa situación es más palmaria cuando es la mujer quien queda sin ese apoyo, en tanto su incorporación al mercado laboral ha sido tardía, relegada históricamente al trabajo no remunerado o a labores periféricas que no han estado cubiertas por los sistemas de seguridad social.***

*No se trata entonces de regresar a la anterior concepción normativa, relacionada con la culpabilidad de quien abandona al cónyuge, sino, por el contrario, darle un espacio al verdadero contenido de la seguridad social, que tiene como piedra angular la solidaridad, que debe predicarse, **a no dudarle, de quien acompañó al pensionado u afiliado, y quien, por demás hasta el momento de su muerte le brindó asistencia económica o mantuvo el vínculo matrimonial,** pese a estar separados de hecho, siempre y cuando aquel haya perdurado los 5 años a los que alude la normativa, sin que ello implique que deban satisfacerse previos al fallecimiento, sino en cualquier época.*

13-001-33-33-014-2017-00244-01

Ahora bien, si tal postura se predica cuando existe compañera o compañero permanente al momento del fallecimiento del afiliado o pensionado, no encuentra la Corte proporcionalidad o razón alguna para privar a la (el) esposa (o) del reconocimiento de la pensión, en el evento de no concurrir aquel supuesto, pues de admitirse, la disposición no cumpliría su finalidad, esto es, la protección en tal escenario, más si se evalúa que quien aspira a tal prestación mantiene un lazo indeleble, jurídico, económico, sea que este último se haya originado en un mandato judicial, o en la simple voluntad de los esposos.

*Entonces, se hace necesario armonizar el contenido de la norma denunciada como interpretada erróneamente, con criterios de equidad y justicia, **lo que implica un estudio particular en estos eventos extraordinarios, para determinar en qué casos se accede a la pensión según la parte motiva de esta providencia;** en ese orden prosperan los cargos propuestos, por lo cual se casará en su totalidad la sentencia acusada.»*

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

5.5 CASO CONCRETO

5.5.1 Hechos Probados

- Formato diligenciado el 14 de enero de 2016, por medio del cual la señora Luz Marina Ortega Rodríguez, solicitó ante CREMIL la sustitución de la pensión del señor Diego Hurtado Marín¹³.
- Registro Civil de matrimonio celebrado el 28 de septiembre de 1985 entre la señora Luz Marina Ortega Rodríguez y Diego Hurtado Marín¹⁴.
- Certificado emitido por el Coordinador del Grupo de Afiliación y Validación de Derechos de la Dirección General de Sanidad, en el que se hace constar que la señora Luz Marina Ortega Rodríguez cuenta con los servicios de salud activos en su calidad de conyuge del señor Diego Hurtado Marín¹⁵.

¹³ Folio 19 cdno 1

¹⁴ Folio 21 cdno 1

¹⁵ Folio 22 cdno 1

13-001-33-33-014-2017-00244-01

- Registro civil de defunción del señor Diego Hurtado Marín en el que se da cuenta que este falleció el 20 de diciembre de 2015¹⁶.
- Registros civiles de los señores Jesica y diego Fernando hurtado ortega, en el que consta que son hijos de Luz Marina Ortega Rodríguez y Diego Hurtado Marín, nacidos en los años 1988 y 1986, respectivamente¹⁷.
- Declaración con fines extraprocesales rendida el 12 de mayo de 2016 ante la Notaria Quinta de Cartagena, por los señores IBIS CORREA DE PAEZ y JULIO PÁEZ HERNÁNDEZ¹⁸, quienes expusieron lo siguiente:

“Que conozco de vista, trato y comunicación hace Treinta (30) años a la señora LUZ MARINA ORTEGA RODRÍGUEZ y del conocimiento que de ella tengo sé, que convivió bajo el mismo techo de forma pública notoria e ininterrumpidamente, y casada desde el 28 de Septiembre de 1985 hasta el 20 de Diciembre de 2015, fecha de fallecimiento, con el señor DIEGO HURTADO MARÍN con quien compartió lecho, techo y mesa hasta el último día de su muerte, que, nunca se separó de su esposo, solo el día de su fallecimiento, que la señora LUZ MARINA ORTEGA RODRÍGUEZ dependía económicamente y en todos los sentidos del finado, que su convivencia se llevó a cabo en Cartagena de Indias, Capital del Departamento de Bolívar, en el Barrio Nuevo Bosque, Mza. 76, Lote 23, 7ª etapa”

- Declaración extra juicio del 11 de febrero de 2011, realizada ante la Notaria Segunda de Cartagena, por el señor DIEGO HURTADO MARÍN, en el que este afirma estar casado con la señora LUZ MARINA ORTEGA y convivir con ella desde hace 27 años, en los cuales procrearon 2 hijos¹⁹.
- Oficio CREMIL: 1721169 del 14 de abril de 2016, en el que la entidad accionada le solicita a la actora que aporte documentos como declaración extra juicio y demás pruebas que demuestren la convivencia con el causante de la pensión dentro de los últimos 5 años; así mismo le informa que la señora DELCY PADILLA también se encuentra reclamando la pensión en calidad de compañera permanente²⁰.
- Resolución 3849 del 31 de mayo de 2016, por medio de la cual Cremil niega el derecho a la sustitución pensional a LUZ MARINA ORTEGA y se lo concede a DELCY PADILLA y a DIANA HURTADO en calidades de compañera permanente e hija del causante. Lo anterior, tenido en cuenta que la señora

¹⁶ Folio 23 cdno 1

¹⁷ Folio 25-26 cdno 1

¹⁸ Folio 28-19

¹⁹ Folio 30

²⁰ Folio 31-32

13-001-33-33-014-2017-00244-01

LUZ MARINA ORTEGA no aportó las pruebas pedidas en el oficio CREMIL: 1721169 del 14 de abril de 2016, por lo tanto no demostraba una convivencia real con el causante²¹.

- Resolución 5116 del 26 de julio de 2016, por medio de la cual se resuelve el recurso de reposición presentado contrata la anterior decisión, confirmando la misma²².
- Formato diligenciado el 6 de abril de 2016, por medio del cual la señora DELCY ISABEL PADILLA CONTRERAS solicita a CREMIL el reconocimiento de la sustitución pensional para ella y su hija DIANA CAROLINA HURTADO PADILLA²³.
- Registro civil de nacimiento de la joven DIANA CAROLINA HURTADO PADILLA, en el que consta que nació el 30 de marzo de 2005 y es hija del señor DIEGO HURTADO MARÍN y DELCY ISABEL PADILLA CONTRERAS²⁴.
- Resolución 7696 del 4 de noviembre de 2016, por medio de la cual se suspende el reconocimiento de la sustitución pensional a joven DIANA CAROLINA HURTADO, en un 25%, ante la solicitud realizada por YENNIFER VANESA HURTADO (otra hija del señor DIEGO HURTADO MARÍN)²⁵.
- Resolución 8791 del 30 de octubre de 2017, por medio de la cual se ordena el reconocimiento de la sustitución pensional a DELCY ISABEL PADILLA CONTRERAS (en un 50%) y a las jóvenes DIANA CAROLINA HURTADO, y YENNIFER VANESA HURTADO (en un 25% para cada una)²⁶.
- Interrogatorio de la señora DELCY ISABEL PADILLA CONTRERAS²⁷:

Se le preguntó si conocía a las personas Jessica y Diego Hurtado Ortega. La interrogada manifestó que sí los conocía, pues eran hijos de su compañero permanente y su esposa. Se le preguntó, en qué fecha comenzó la relación con el señor Diego Hurtado Marín a lo que respondió que en el año 2002. Se le preguntó si sabía que para esa fecha el señor Diego Hurtado Marín convivía con su esposa, y tenían más o menos 20 años de convivencia. Ella respondió que si sabía. Se le preguntó si disfrutó de los servicios de salud que cobijaba al señor Diego Hurtado Marín, dijo que no, porque ella tenía su propio seguro, que su hija sí los disfrutó. Se le preguntó con quien vivía el señor Diego Hurtado

²¹ Folio 34-37

²² Folio 39-40

²³ Folio 98

²⁴ Folio 95

²⁵ Folio 113-114

²⁶ Folio 115-117

²⁷ Folio 210



13-001-33-33-014-2017-00244-01

Marín, manifestó que con ella, que vivían en el barrio de Olaya, y luego en el 13 de junio ahí tuvo su enfermedad hasta que falleció. Que ella fue la persona que lo atendió durante sus últimos años de su fallecimiento. Ene se tiempo no tuvo convivencia simultánea con Luz Marina Ortega porque él no podía caminar, hasta para llevarlo al baño debía ir ella. Que la relación inició en el 2002 y duró hasta el 2015 cuando falleció. Que en el año 2004 ella salió embarazada de su hija y por eso se fueron a vivir juntos en enero del año 2005. Que antes de irse a vivir con ella, el señor Diego Hurtado Marín vivía con su esposa en el barrio el Bosque, que ella conocía que el vínculo con su esposa permanecía vigente.

- Declaraciones de los señores IBIS CORREA DE PÁEZ, JULIO PÁEZ HERNÁNDEZ, CLAUDIA PESTANA PANTOJA y MANUEL ARNEDO AMOR²⁸.

JULIO PÁEZ HERNÁNDEZ: Manifestó conocer a la señora Luz Marina Ortega y al señor Diego Hurtado Marín en Crespo en el barrio militar, que la señora Luz Marina era esposa del señor Diego Hurtado Marín. Manifestó que estos convivieron más o menos 25 años. Que durante su enfermedad ya el señor Diego Hurtado Marín convivía con otra señora, pero antes de eso había vivido con Luz Marina con quien mantenía el vínculo de matrimonio. Que estos mantuvieron una relación hasta la fecha en la que el señor Hurtado Marín se enfermó, que posteriormente había ido a visitarlo y a llevarle ayudas que la esposa le mandaba.

IBIS CORREA DE PÁEZ: Manifestó conocer a la señora Luz Marina Ortega y al señor Diego Hurtado Marín en Crespo en el barrio militar, que este trabajaba con su esposo y eran amigos, los conoció en el año 1986. Que los señores Luz Marina Ortega y al señor Diego Hurtado Marín tuvieron 2 hijos, Diego y Jesica. que Luz Marina Ortega y al señor Diego Hurtado Marín no se divorciaron. Que el señor Diego Hurtado Marín tuvo otra relación, pero él correspondía económicamente con la señora Luz porque ella no trabajaba. Que ellos no dejaron de tener la relación, puesto que el señor Hurtado visitaba a la señora Luz Marina, le arreglaba la casa, se la pintaba, e incluso iban juntos a visitarla a ella, pero que exactamente no se acuerda el año. que el señor Diego Hurtado Marín tenía otra convivencia con otra señora pero que ella no se sabe el nombre ni conoce desde qué fecha inició esa relación.

CLAUDIA PESTANA PANTOJA: Manifestó que conoce a la señora Delcy Padilla, quien trabajaba para ella ayudándola a cuidar a su hija, más o menos en el año 2001 hasta el año 2004, que en ese año ella fue trasladada para Bogotá por lo que terminó la relación laboral, sin embargo, ella la visita cada vez que viene a Cartagena pues es la madrina de la niña Diana. Que conoció a Diego Hurtado Marín, en el conjunto donde vivía en Cartagena y que la señora Luz Marina en varias ocasiones fue a ponerle quejas de que Delcy estaba teniendo una relación con su esposo, pero ella le decía que no podía hacer nada porque Delcy solo era su empleada y ella no podía involucrarse en su vida personal. Que antes de irse para Bogotá se enteró del embarazo de Delcy, luego ella regresó de Bogotá y le bautizó a la niña, ya para esa fecha estaban viviendo juntos. Que hasta donde ella sabe el señor Diego Hurtado Marín vivía solo con Delcy, que tenía entendido que la señora Luz Marina no quería nada con él porque se separaron por las infidelidades de Diego Hurtado Marín. Que cada vez de que ella venia me mostraron su casa, que en un principio no tenían nada. De hecho cuando Diego se enfermó fue traumático porque él quedó paralizado en parte de su cuerpo y quería hacer cosas que no podía, quería

²⁸ Folio 210

13-001-33-33-014-2017-00244-01

fumar, quería comer cosas que no podía, entonces Delcy acudía a ella para ponerle quejas para que hablara con él. Que ellos primero vivían en La María, después en Olaya, en el 13 de junio. Que el señor Diego Hurtado Marín empezó a enfermarse en el año 2011 más o menos.

MANUEL ARNEDO AMOR: Manifestó que conocía a la señora Delcy Padilla y a Diego Hurtado pues le alquiló un apartamento en el barrio Olaya, luego la señora Delcy se mudó para el 13 de junio a otro apartamento de él. Que el señor Diego sufría de una enfermedad y estaba convaleciente había que bañarlo y vestirlo, eso fue para el año 2010-2011 más o menos. Que la señora Delcy era quien lo llevaba al médico e incluso una vez tuvo que llevarlo a Bogotá.

5.5.2 Del análisis de las pruebas frente al marco normativo y jurisprudencial

En el presente asunto se demanda la legalidad de las Resoluciones número 3849 del 31 de mayo de 2016 y 5116 del 26 de julio de 2016, en cuanto negaron la sustitución de la asignación salarial de retiro a la señora Luz Marina Ortega.

De lo probado en el proceso se tiene que en efecto, la señora Luz Marina Ortega se casó con el 28 de septiembre de 1985 con el señor Diego Hurtado Marín²⁹, con quien procreó 2 hijos: Jesica y diego Fernando hurtado ortega, quienes nacieron en los años 1988 y 1986, respectivamente³⁰.

De acuerdo con las declaraciones rendidas en el proceso por Delcy Isabel Padilla Contreras, Ibis Correa De Páez, Julio Páez Hernández, Claudia Pestana Pantoja y Manuel Arnedo Amor³¹, se tiene que los señores Luz Marina Ortega y Diego Hurtado Marín convivieron juntos bajo el mismo techo hasta el año 2004, pues en el año 2005 estos se separaron de cuerpo porque el señor Hurtado Marín se fue a vivir con la señora Delcy Padilla, como quiera que ésta última estaba embarazada.

Que, a pesar de no vivir en el mismo hogar, los señores Luz Marina Ortega y Diego Hurtado Marín continuaron manteniendo una relación hasta el año 2011 cuando el señor Hurtado Marín inició con su enfermedad, pues ya no dependía de sí mismo. Esta última afirmación, se hace con fundamento en el testimonio de los señores Ibis Correa De Páez, Julio Páez Hernández quienes aseguraron que la demandante y el señor Hurtado solo dejaron de verse por la enfermedad de este último; lo que a su turno coincide con lo expuesto en la demanda (en cuanto a la fecha de separación) y el testimonio de Manuel Arnedo, en cuanto a la fecha de la enfermedad. Adicionalmente, se cuenta

²⁹ Folio 21 cdno 1

³⁰ Folio 25-26 cdno 1

³¹ Folio 210

13-001-33-33-014-2017-00244-01

con la declaración extrajuicio del 11 de febrero de 2011, realizada ante la Notaria Segunda de Cartagena, por el señor DIEGO HURTADO MARÍN, en el que este afirma estar casado con la señora LUZ MARINA ORTEGA y convivir con ella desde hace 27 años, en los cuales procrearon 2 hijos³².

Se tiene también por demostrado, que la relación entre la señora Delcy Padilla y el señor Hurtado Marín inició en el año 2002; en el año 2004, ésta quedó embarazada de su hija Diana Carolina Hurtado Padilla, quien nació el 30 de marzo de 2005³³. Por tal motivo, en el año 2005 el señor Hurtado Marín se fue a vivir con ellas. Que, para la fecha de la muerte del señor Hurtado, este ya convivía solamente con la señora Delcy Padilla (2011-2015) quien lo atendió y acompañó en su enfermedad conforme con los testimonios de los señores Claudia Pestana Pantoja y Manuel Arnedo Amor.

A pesar de lo anterior, la señora Luz Marina Ortega y Diego Hurtado Marín nunca se divorciaron y ella siguió percibiendo los beneficios del sistema de salud de su marido³⁴.

El señor Diego Hurtado Marín falleció el 20 de diciembre de 2015³⁵, según consta en el registro civil de defunción traído al proceso; por lo que las señoras Luz Marina Ortega³⁶ y Delcy Padilla³⁷ iniciaron el respectivo trámite de reconocimiento de la sustitución pensional, siendo otorgado el derecho a la señora Padilla por medio de los actos demandados.

La Juez de primera instancia, al encontrar demostrados los supuestos para la sustitución de la pensión tanto a la esposa con separación de cuerpo, como a la compañera permanente, procedió a realizar la repartición de la porción correspondiente (50%) de acuerdo con los tiempos convividos con el causante, tal como lo establece el artículo 11 del Decreto 4433 de 2004. Por ello, le reconoció a la señora Luz Marina Ortega un 30% de la pensión por haber convivido 25 años con el señor Hurtado Marín y a la señora Delcy Padilla un 20% teniendo en cuenta que esta solo vivió con el causante 11 años.

Tanto el apoderado de la parte actora, como el de la vinculada Delcy Padillas, manifestaron su desacuerdo con lo decidido, alegando que: i) a la señora Luz Marina Ortega se le debí reconocer un porcentaje mayor teniendo

³² Folio 30

³³ Folio 95

³⁴ Folio 22 cdno 1

³⁵ Folio 23 cdno 1

³⁶ Folio 19 cdno 1

³⁷ Folio 98



13-001-33-33-014-2017-00244-01

en cuenta que convivió con el causante casi que el doble del tiempo que convivió la compañera permanente; ii) a la señora Delcy Padilla se le había desmejorado su cuota parte de la pensión, violándose el derecho a la igualdad, al aplicar una norma que otorga privilegios legales injustificados sobre el derecho pensional de la persona que durante los últimos cinco años previos al fallecimiento del causante, estuvo haciendo vida marital efectiva con él; ello, por el simple hecho de no haberse disuelto la sociedad Conyugal.

- De los porcentajes de reconocimiento

Frente a lo anterior, lo primero que se debe dejarse en claro es que en las apelaciones no se discuten los tiempos determinados por el Juez a quo, como duración de las relaciones maritales del señor Diego Hurtado, lo que se discute es la forma como se repartió la pensión, pues a la esposa se le dio el 30% y a la compañera permanente se le dio el 20%; cuando a juicio de los apoderados a cada una debió dárseles más porcentaje.

Sobre este aspecto hay que indicar, que ya la Corte Constitucional se pronunció en la sentencia C-336/14, sobre este tema, manifestando que:

"8.2. Específicamente, la Corte ha sostenido que, de acuerdo a los artículos 5 y 42 de la Constitución, la igualdad que propugna la Carta entre las uniones familiares surgidas de vínculos naturales y la conformada por vínculos jurídicos, abarca no sólo al núcleo familiar como tal, sino también a cada uno de los miembros que lo componen, puesto que estas disposiciones guardan íntima relación con el artículo 13 superior, que prescribe: "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 (...)" (Subrayas en el texto)

8.3. Como consecuencia del anterior planteamiento, se ha señalado que el legislador no puede expedir normas que consagren un trato diferenciado en cuanto a los derechos y deberes de quienes ostentan la condición de cónyuge o de compañero permanente, como tampoco entre los hijos habidos en matrimonio o fuera de él. (...)

8.4. Sin embargo, como se indicó antes (supra 7.3) la protección del derecho a la igualdad entendido como no discriminación, en estos casos no puede entenderse como la existencia de una equiparación entre el matrimonio y la unión marital de hecho, puesto que, como lo ha explicado la Corte en varias ocasiones, "sostener que entre los compañeros permanentes existe una relación idéntica a la que une a los esposos, es afirmación que no resiste el menor análisis, pues equivale a pretender que pueda celebrarse un verdadero matrimonio a espaldas del Estado, y que, al mismo tiempo, pueda éste imponerle reglamentaciones que irían en contra de su rasgo esencial, que no es otro que el de ser una unión libre." Por todo lo anterior, el juicio de igualdad deberá tener en cuenta las particularidades de la norma o situación fáctica sometida a consideración, a fin de constatar si existe discriminación entre cónyuges y



13-001-33-33-014-2017-00244-01

compañeros permanentes, pero sin soslayar las diferencias existentes entre el matrimonio y la unión marital de hecho. (subraya fuera de texto)

4.5.3. Finalmente, en reciente sentencia C-278 de 2014, este Tribunal analizó la constitucionalidad del artículo 1781 del Código Civil relativo a la composición de haber de la sociedad conyugal declarando exequible la norma acusada, respecto al cargo de igualdad frente a la sociedad de hecho y el matrimonio la regla de la decisión indicó que las diferencias en relación con la regulación de la sociedad conyugal y patrimonial no desconocen el derecho a la igualdad puesto que se trata de instituciones diferentes respecto de las cuales la Constitución no ha previsto el deber de igual tratamiento.

La Corte estima que, en este caso, no se ha desconocido el derecho a la igualdad por la diferente regulación que el Legislador ha otorgado a la sociedad conyugal y a la patrimonial.

En efecto la Constitución no establece la obligación de dar un tratamiento igual a estas dos instituciones ni a los efectos patrimoniales de las mismas. Por el contrario, faculta ampliamente al Legislador para regular la materia.

También la jurisprudencia ha reconocido que, si bien la familia, debe recibir la misma protección independientemente del modo como se constituya, ello no implica que el matrimonio y la unión marital de hecho deban equipararse en todos los aspectos. No se trata entonces de supuestos iguales ni de situaciones que exijan ser reguladas de la misma manera por la ley. Al tratarse de dos instituciones diferentes, no hay una obligación para el Legislador de regular sus efectos de manera idéntica".

Teniendo en cuenta lo anterior, advierte la Sala que, el matrimonio y la unión marital, son figuras jurídicas completamente disimiles, que, de igual forma, tienen un trato diferenciado en la legislación colombiana, hecho que en ninguna medida genera discriminación para una u otra. Ahora bien, ello no quiere decir que en virtud a dichas diferencias, se avale un trato diferenciado en cuanto a los derechos y deberes de quienes ostentan la condición de cónyuge o de compañero permanente.

En ese orden de ideas, esta Sala, no comparte el criterio del apoderado dela señora Delcy Padilla, en cuanto a que la repartición de la pensión en forma proporcional al tiempo convivido es violatorio del derecho a la igualdad, como quiera que la condición establecida en el artículo 11 del Decreto 4433/03 y la Ley 100/93, en ninguna medida genera discriminación entre la cónyuge con separación de hecho y la compañera permanente, por el contrario, lo que se pretende es que cada una de las interesadas reciba la cuota parte de la pensión en proporción al tiempo convivido con el causante por la ayuda que esta le pudo brindar en la consecución de la misma. Bajo se entendido, debe dejarse en claro que no es que el artículo 11 del Decreto 4433/03 y la Ley 100/93 establezcan que a la compañera permanente se le

13-001-33-33-014-2017-00244-01

deba reconocer menos que a la esposa, por el contrario lo que se quiere es que cada una de ellas, reciba en forma proporcional al tiempo convivido con el causante de la pensión. Así las cosas, puede darse el caso el que sea la compañera permanente quien haya convivido más tiempo con el causante de la pensión, y debido a ello, tenga derecho a una cuota parte mayor que la de la esposa y viceversa.

Así las cosas, la Sala considera que la señora Luz Marina Ortega Rodríguez tiene derecho a que se le reconozca la sustitución pensión de su esposo en un porcentaje mayor que el de la compañera permanente, como quiera que acreditó un tiempo de convivencia de 25 años, mientras que la señora Delcy Padilla solo acreditó un total de 11 años. Adicionalmente se tiene que no es cierto que la distribución anterior afecte el derecho a la igualdad de la señora Padilla, en la medida en que lo que se busca con la norma no es privilegiar a la esposa sobre la compañera permanente, sino dividir la pensión del causante en forma proporcional al tiempo compartido con el mismo, de una forma equitativa.

Ahora bien, en lo que respecta a la apelación de la señora Luz Marina Ortega, encuentra esta Judicatura que, efectivamente, esta acreditó un tiempo de convivencia que superior al de la compañera permanente, por lo que debe verificarse si la partición que hizo la Juez de primera instancia es o no es proporcional al tiempo convivido.

Se tiene entonces que el señor Diego Hurtado Marín convivió con la señora Luz Marina Ortega 25 años (desde el 28 de septiembre de 1985³⁸ hasta febrero de 2011³⁹); mientras que la señora Delcy Padilla convivió con él desde el 2005 hasta 20 de diciembre de 2015, para un total de 11 años. Sumado el total de tiempo de convivencia de las señoras Luz Marina y Delcy Padilla, arroja un total de 36 años de convivencia, de los cuales la esposa tiene un 69.5% y la compañera permanente tiene un 30.5%.

Como quiera que el porcentaje a dividir es el 50% de la pensión, encuentra este Tribunal que a la señora Luz Marina Ortega le corresponde un 34.75% mientras que a la señora Delcy Padilla le corresponde un 15.25%.

Así las cosas, se tiene que, si bien no se accede completamente a la apelación de la parte actora, en cuanto a duplicar su porcentaje reconocido, lo cierto es que de la operación matemática antes realizada se advierte que

³⁸ Folio 21 cdno 1

³⁹ Folio 30

13-001-33-33-014-2017-00244-01

en efecto le correspondía un porcentaje de la pensión mayor al que se le había reconocido en primera instancia.

- Del reconocimiento del retroactivo.

En la sentencia de primera instancia se expuso que *"el despacho solo accederá a ordenar el pago de las mesadas efectivamente suspendidas y no de todas las causadas desde el fallecimiento del señor Diego Hurtado Padilla, teniendo en cuenta que de acuerdo con la certificación emitida por CREMIL, que reposa a folios 201 y 202 del expediente, solo se encuentra suspendido el 50% de la asignación de retiro que inicialmente le fue otorgada a la señora Delcy Padilla Contreras, correspondientes a las mesadas de septiembre, octubre, noviembre y diciembre de 2018 y enero, febrero, marzo, abril y mayo de 2019, ya que la cuota parte de los demás meses le fue pagada a la compañera permanente del causante, por cuenta del reconocimiento que se le hizo en la resolución demandada y por orden de tutela emitida por del Juzgado Segundo Penal del Circuito de Cartagena, según se advierte a folio 169 del expediente. En ese sentido considera esta judicatura que ordenar el reconocimiento en favor de la señora Luz Marina Ortega Rodríguez de los retroactivos que ya le fueron canceladas a la señora Delcy Padilla Contreras, constituiría un doble pago tal"*

La parte actora no se encuentra de acuerdo con lo anterior, toda vez que, a su juicio, esa decisión comporta una violación al derecho a ser reparada, pues la Caja de Retiro debió suspender, por lo menos el 25% de la asignación de retiro concedida inicialmente a la compañera permanente, hasta tanto se decidiera en la jurisdicción contenciosa el conflicto surgido.

Teniendo en cuenta lo anterior, advierte esta Sala que no le asiste razón a la parte actora en este argumento, teniendo en cuenta que, en el trámite administrativo adelantado ante CREMIL la parte accionante no acreditó la convivencia con el señor Diego Hurtado Marín durante los últimos 5 años de vida de este; ello es importante señalarlo teniendo en cuenta que la entidad pública, a efectos de negar el reconocimiento de la pensión a la accionante, se fundamentó en la norma que rige la materia, la cual establece que el derecho a la sustitución pensional se pierde si no existe convivencia dentro de los últimos 5 años de vida del causante (artículo 12 del Decreto 4433/04⁴⁰); y, como se dijo, en este evento la accionante no lo acreditó.

⁴⁰ **Artículo 12.** *Pérdida de la condición de beneficiario.* Se entiende que falta el cónyuge o compañero (a) permanente y por lo tanto se pierde el derecho a la pensión de sobrevivientes o a la sustitución de la asignación de retiro o de la pensión de invalidez, en cualquiera de las

13-001-33-33-014-2017-00244-01

Es de aclarar que la norma anterior se encuentra vigente y que es el Consejo de Estado, quien ha dejado de lado a la misma, superponiendo el derecho de la esposa a recibir una cuota parte de la pensión, en las condiciones establecidas por la Corte Constitucional en la sentencia C-336/14, en aplicación del principio de favorabilidad, así:

*“En este sentido, no puede desconocerse que el objetivo de esta prestación es que el beneficiario, una vez demostrados los requisitos, pueda contar con los medios suficientes para su adecuada subsistencia, así como proteger a la persona que le prestó asistencia y compañía al trabajador o a la persona pensionada hasta el momento de su fallecimiento, **claro está, sin perjuicio del cónyuge que no lo pudo hacer por culpa del causante, situación que deberá probarse de manera inequívoca** y en este caso el abandono del hogar por parte del señor Pedro Joaquín Lozano Fuentes quedo debidamente probado.*

Se concluye entonces que, conforme el marco legal y jurisprudencial anotado en el acápite precedente, la norma favorable y aplicable al caso son los artículos 46 y [47](#) del régimen general o Ley 100 de 1993, que se encontraba vigente al momento del deceso del causante, por lo que es procedente el reconocimiento de la prestación a favor de la demandante, Carmen Elisa Saavedra de Lozano, en su condición de cónyuge supérstite, separada de hecho pero con unión vigente, quien probó la convivencia con Pedro Joaquín Lozano Fuentes durante al menos cinco años, así como la dependencia económica y finalmente, que no pudo continuar con sus obligaciones de esposa por causas ajenas a ella, situación que impone a la Sala confirmar la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, que accedió a las pretensiones de la demanda pero por los motivos expresados en esta providencia”⁴¹.

Teniendo en cuenta lo anterior, no puede obligarse a la entidad accionada a realizar un doble pago de una acreencia, cuando la misma simplemente se limitó a dar aplicación literal a las condiciones establecidas en las normas que regulan su actividad.

Por otro lado, el Consejo de Estado ha sido claro en que no puede existir un doble pago de las mesadas causadas, así:

“En esto coincide la Sala con la entidad y es que no puede ordenarse un doble pago por concepto de la sustitución de la asignación de retiro a favor de Carmen Elisa Saavedra de Lozano, por lo que el reconocimiento prestacional debe tener efectividad desde que fue suspendido el pago de la prestación mediante la

siguientes circunstancias, según el caso: Cuando lleven cinco (5) o más años de separación de hecho.

⁴¹ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN A. Bogotá, D. C., veinte (20) de febrero de dos mil veinte (2020). Radicación número: 05001-23-33-000-2017-02535-01(1452-19) demandado: CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES

13-001-33-33-014-2017-00244-01

*Resolución 4785 de 9 de junio de 2015 que dio cumplimiento a la sentencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca*⁴².

Teniendo en cuenta lo anterior, no prospera el segundo argumento de apelación, por lo que la sentencia de primera instancia solo deberá modificarse en lo referente al porcentaje de reconocimiento de la pensión.

5.6 De la condena en costa.

El art. 188 del CPACA, establece que, 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. A su turno los art. 365 y 366 del CGP determina que, se condenará en costas a la parte vencida en el proceso o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación.

En el caso de marras, se tiene que la sentencia de primera instancia fue modificada parcialmente, por lo que no se condenará en costas a ninguna de las partes.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión No. 004 del Tribunal Administrativo de Bolívar, Administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

VI.- FALLA:

PRIMERO: MODIFICAR el numeral segundo de la sentencia de primera instancia, el cual quedará así:

SEGUNDO: Como consecuencia de la anterior declaración se le ordena a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares que el cincuenta por ciento (50%) de la asignación de retiro que se encuentra en litigio y que venía siendo pagada a la señora Delcy Isabel Padilla Contreras, sea redistribuida así:

- A la señora Luz Marina Ortega Rodríguez: Treinta por ciento (34.75%) en calidad de cónyuge separada. de hecho.
- A la señora Delcy Isabel Padilla Contreras: Veinte por ciento (15.25%) en calidad de compañera permanente.

⁴² CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN A. Bogotá, D. C., veinte (20) de febrero de dos mil veinte (2020). Radicación número: 05001-23-33-000-2017-02535-01(1452-19) demandado: CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES



13-001-33-33-014-2017-00244-01

SEGUNDO: En lo demás, **CONFÍRMESE** la sentencia de primera instancia, conforme con lo expuesto en esta providencia

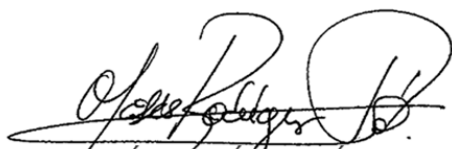
TERCERO: ABSTENERSE DE CONDENAR en costas, conforme con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: DEVUÉLVASE el expediente al Juzgado de origen, previas las anotaciones de ley en los libros y sistemas de radicación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Constancia: El proyecto de esta providencia fue estudiado y aprobado en sala virtual No. 045 de la fecha.

LOS MAGISTRADOS


MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ


EDGAR ALEXI VASQUEZ CONTRERAS


JEAN PAUL VÁSQUEZ GÓMEZ