JUZGADO CATORCE ADMINISTRATIVO ORAL DE BOGOTÁ
SECCIÓN SEGUNDA

Bogotá D.C., treinta (30) de octubre de dos mil diecisiete (2017)

Nulidad y Restablecimiento del Derecho	
Expediente No.	110013335014**20150035**600
Demandante	**JAQUELINE LÓPEZ SAAVEDRA**
Demandado	**NACIÓN- MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL- EJÉRCITO NACIONAL**
Vinculado	**ANTONIO JOSÉ YEPES HOYOS**

Cumplida la ritualidad procesal prevista en los artículos 179, 180 y 182 del C.P.A.C.A., el Despacho procederá a dictar sentencia, dentro de la demanda de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** de carácter laboral, promovida por la señora **JAQUELINE LÓPEZ SAAVEDRA** contra la **NACIÓN- MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL- EJÉRCITO NACIONAL** y donde se encuentra vinculado el señor **ANTONIO JOSÉ YEPES HOYOS**, de conformidad con los fundamentos que a continuación se pasan a exponer:

I. ANTECEDENTES.

1. La demanda.

1.1 Las pretensiones de la demanda **en resumen son las siguientes** (fls. 21 a 23):

1.1.1 Declarar la nulidad parcial de la Resolución No. 2166 de 20 de mayo de 2014, mediante la cual se negó a la demandante la sustitución de la pensión de invalidez reconocida al señor Manuel Enrique Yepes Betancourth (q.e.p.d.).

1.1.2 Como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho, solicita que se le reconozca y pague a la señora Jaqueline López Saavedra, en calidad de compañera permanente, la pensión de invalidez devengada por el causante Manuel Enrique Yepes Betancourth, desde el 30 de julio de 2013.

1.1.3 Que las sumas reconocidas se reajusten con el IPC, según lo previsto en el artículo 178 del CCA (sic).

1.1.4 Que se le paguen los demás emolumentos a que haya lugar.

1.2 De acuerdo con la fijación del litigio realizada en audiencia y el material probatorio arrimado al expediente, se encuentran probados los siguientes **hechos** relevantes:

1.2.1 Mediante Resolución No. 2166 de 20 de mayo de 2014 el Ministerio de Defensa Nacional reconoció a favor del SV Manuel Enrique Yepes Betancourth (q.e.p.d.) pensión de invalidez en cuantía del 95% de las partidas devengadas; en el mismo acto administrativo dispuso, sustituir totalmente la anterior prestación a favor del señor Antonio José Yepes Hoyos, en calidad de padre inválido del causante y negó la solicitud de sustitución pensional a la señora Jaqueline López Saavedra, porque no cumplió con el requisito de convivencia mínima con el causante (fls. 3 a 7).

1.2.2. A folio 9 del plenario reposa registro civil de defunción del señor Manuel Enrique Yepes Betancourth, en el cual consta que el deceso se produjo el 06 de marzo de 2014.

1.2.3 Mediante Escritura Pública No. 3109 de 11 de marzo de 2011 elevada ante la Notaría Tercera del Círculo de Tulúa (fl. 12), los señores Manuel Enrique Yepes Betancourth y Jaqueline López Saavedra aclararon la escritura No. 563 de 12 de marzo de 2010 -mediante la cual constituyeron unión marital de hecho- (fls. 13 a 14), en el sentido de establecer que la convivencia entre sí inició el 28 de agosto de 2009.

1.2.4 En audiencia celebrada el 13 de septiembre de 2017 por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Tuluá, en virtud de la comisión decretada por este Juzgado, se recepcionaron los testimonios de las señoras María Ysleny Echeverry Aguirre y Dolly Serna de Chaux y del señor Carlos Andrés Yepes Echeverry (CD fl. 27 Cdo. Anexo No. 1)

2. Contestación de la demanda.

2.1. La Nación- Ministerio de Defensa Nacional contestó la demanda en tiempo (fls. 59 a 64) y se opuso a las pretensiones de la demanda argumentando que según lo previsto en el artículo 11 del Decreto 4433 de 2004 cuando la sustitución de la asignación de retiro o pensión de invalidez se causa por muerte del pensionado, el cónyuge o compañero permanente supérstite debe acreditar que hizo vida marital

con el causante hasta su muerte y que convivió con el fallecido por lo menos durante los últimos 5 años anteriores al deceso, requisito que no fue acreditado por la demandante, toda vez que inició la convivencia con el causante el 28 de agosto de 2009. Por lo anterior, considera que el acto administrativo acusado se encuentra ajustado a derecho y deben negarse las pretensiones de la demanda.

2.2. El señor **Antonio José Yepes Hoyos** fue notificado en debida forma (fls. 74 y 76), sin embargo no contestó la demanda.

3. Audiencia inicial.

El 25 de julio de 2017 se llevó a cabo la audiencia inicial con presencia de las partes, en esa oportunidad además de resolver sobre saneamiento, excepciones previas, fijación de litigio, conciliación y medidas cautelares, se decretaron pruebas de conformidad con lo dispuesto en los artículos 179 y 180 de la Ley 1437 de 2011 (fls. 112 a 115 y CD fl. 116).

4. Alegatos de conclusión presentados por escrito.

4.1 Apoderada de la parte demandante (fls. 122 a 123). Se ratificó en los hechos y pretensiones de la demanda; precisó que al momento del deceso el señor Manuel Enrique Yepes Betancourth no ostentaba la calidad de pensionado, lo que significa que lo reclamado es la pensión de sobrevivientes y no la sustitución pensional de la que trata el artículo 11 del Decreto 4433 de 2004.

Considera que la demandante cumple los requisitos para acceder a la pensión de sobrevivientes, puesto que a la fecha de la muerte del señor Manuel Enrique Yepes la señora Jaqueline López tenía más de 30 años de edad y además ostentó la calidad de compañera permanente, pues convivió con el causante por espacio de 4 años, 6 meses y 8 días, es decir, excedió el término previsto en el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, que es de 2 años.

4.2. Vinculado señor **Antonio José Yepes Hoyos** no presentó alegatos de conclusión.

4.3. Apoderado del Ministerio de Defensa Nacional No presentó alegatos de conclusión.

4.4. El Ministerio Público no presentó concepto en el presente asunto.

II. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

1. Problema jurídico.

El punto central de la *litis* gira en torno a establecer si la señora Jaqueline López Saavedra, quien invoca su calidad de compañera permanente, tiene derecho al reconocimiento y pago de la sustitución de la pensión de invalidez reconocida póstumamente al SV del Ejército Nacional Manuel Enrique Yepes Betancourth, o si por el contrario, la prestación se debe continuar pagando en su totalidad al padre del causante, como lo hizo la entidad en el acto acusado.

2. Argumentos que desarrollan el problema jurídico a resolver.

2.1. Acepción y finalidad de la pensión de sobrevivientes y/o sustitución pensional, en el marco de la Constitución de 1991.

En el artículo 48 constitucional consagró la seguridad social como un servicio público de carácter obligatorio, que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado y como un derecho irrenunciable que se garantiza a todos los habitantes. Por su parte, los sistemas de pensiones tienen por objeto garantizar a la población, el amparo contra las contingencias derivadas de la vejez, la invalidez y la muerte, mediante el reconocimiento de las pensiones y prestaciones determinadas en la ley.

Así, la pensión de sobrevivientes y/o sustitución pensional constituyen uno de los mecanismos instituidos por el legislador para la consecución del objetivo de la seguridad social antes mencionado, cuya finalidad esencial es la protección de la familia como núcleo fundamental de la sociedad, de tal suerte que las personas que dependían económicamente del causante puedan seguir atendiendo sus necesidades de subsistencia, sin que vean alterada la situación social y económica con que contaban en vida del pensionado o afiliado que ha fallecido[1]. Por ello, la ley prevé que, en aplicación de un determinado orden de prelación, las personas más

[1] Corte Constitucional. Sentencia C-002-99, M.P. Antonio Barrera Carbonell

cercanas y que más dependían del causante y compartía con él su vida, reciban una pensión para satisfacer sus necesidades[2].

En este punto, es relevante aclarar que en la Ley 100 de 1993 únicamente se habla de pensión de sobrevivientes para referirse tanto a la prestación que **se le otorga al núcleo familiar de un pensionado que fallece** o **del afiliado que cumple con los requisitos legalmente exigibles para pensionarse y fallece**; como a la prestación que **se le otorga al núcleo familiar del afiliado no pensionado, que fallece sin cumplir con los requisitos mínimos para obtener la pensión[3]; no** obstante, esto no significa que la sustitución pensional –es decir la primera hipótesis enunciada- haya desaparecido del ordenamiento jurídico, sino que simplemente se trata de una cuestión gramatical, tendiente a igualar los requisitos y condiciones de los beneficiarios de una y otra prestación social.

2.2. Marco legal y jurisprudencial de la sustitución de la asignación de retiro y de la pensión de sobrevivientes en las Fuerzas Militares.

Sea lo primero señalar que en materia prestacional los miembros de la fuerza pública cuentan con un régimen especial previsto en los artículos 217 y 218 de la Constitución Política; adicionalmente, el artículo 279 de la Ley 100 de 1993 los excluyó de la aplicación del régimen general de seguridad social.

Entre las normas que contemplan el régimen prestacional especial de las fuerzas militares se encuentra la Ley Marco 923 de 2004[4] "*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 cuyo artículo 3º previó los requisitos mínimos para el reconocimiento de la asignación de retiro, el derecho pensional de sobreviviente y de invalidez y la sustitución de dichas prestaciones, en los siguientes términos:

---

[2] Corte Constitucional. Sentencia C-080-99
[3] En este sentido se pronunció la Corte Constitucional en Sentencia T-564 de 2015 y el Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, en sentencia de 23 de marzo de 2017, expediente No. 25000-23-42-000-2013-01841-01(0813-14).
[4] Según lo previsto por la jurisprudencia constitucional y administrativa, la norma aplicable para efectos de la sustitución pensional es la vigente al momento del deceso del causante. Al respecto se puede consultar Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, sentencia de 24 de febrero de 2015, Consejero ponente: GUSTAVO EDUARDO GOMEZ ARANGUREN, Radicación número: 73001-23-33-000-2012-00078-01(4445-13).

"ARTÍCULO 3o. ELEMENTOS MÍNIMOS. ***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:*
(...)
3.6. El derecho para acceder a la pensión de sobrevivientes, así como su monto, será fijado teniendo en cuenta criterios diferenciales de acuerdo con las circunstancias en que se origine la muerte del miembro de la Fuerza Pública y el monto de la pensión en ningún caso podrá ser inferior al cincuenta por ciento (50%) de las partidas computables para la asignación de retiro en el evento de la muerte en combate, en actos meritorios del servicio o en misión del servicio. En el caso de muerte simplemente en actividad el monto de la pensión no podrá ser inferior al cincuenta por ciento (50%) cuando el miembro de la Fuerza Pública tenga quince (15) o más años de servicio al momento de la muerte, ni al cuarenta por ciento (40%) cuando el tiempo de servicio sea inferior.

Solo en el caso de muerte simplemente en actividad se podrá exigir como requisito para acceder al derecho, un tiempo de servicio que no sea superior a un (1) año a partir de la fecha en que se termine el respectivo curso de formación y sea dado de alta en la respectiva carrera como miembro de la Fuerza Pública.

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:

3.7.1. 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****.*

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.

< CONDICIONALMENTE exequible por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-456-15 de 22 de julio de 2015, Magistrado Ponente Dr. Mauricio González Cuervo, 'entendiéndose que también son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, de invalidez y de la sustitución de la asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública, la compañera o el compañero permanente del causante y que dicha pensión o sustitución se dividirá entre ellos (as) en proporción al tiempo de convivencia con el difunto'.>

3.8. Las asignaciones de retiro, las pensiones de invalidez de los miembros de la Fuerza Pública y su sustitución, así como las pensiones de sobrevivientes en ningún caso serán inferiores al salario mínimo legal mensual vigente. La sustitución de la pensión será igual a lo que venía disfrutando el titular, con excepción de los porcentajes adicionales para quienes se pensionen a partir de la vigencia de la presente Ley. En todo caso, la asignación mensual de retiro de los soldados profesionales no podrá ser inferior a uno punto dos (1.2) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

<Expresiones subrayados "compañero o la compañera permanente", "compañera permanente" declaradas CONDICIONALMENTE EXEQUIBLES, por los cargos analizados, por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-029-09 de 28 de enero de 2009, Magistrado Ponente Dr. Rodrigo Escobar Gil, '... en el entendido de que, en igualdad de condiciones, las mismas también se aplican en relación con los integrantes de parejas del mismo sexo'.>
(...)" (Negrillas del Juzgado).

La norma anterior fue reglamentada a través del Decreto 4433 de 2004, el cual en su artículo 11, frente orden de beneficiarios de la pensión de sobrevivientes y de la sustitución de la asignación de retiro, dispuso:

*"**ARTICULO 11. Orden de beneficiarios de pensiones por muerte en servicio activo**. Las pensiones causadas por la muerte del personal de Oficiales, Suboficiales y Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares, Oficiales, Suboficiales, miembros del Nivel Ejecutivo y Agentes de la Policía*

> *Nacional, y Alumnos de las escuelas de formación, en servicio activo, serán reconocidas y pagadas en el siguiente orden:*
> *(...)*
> *PARAGRAFO 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:*
>
> *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."*

Así mismo, en lo que respecta a la pérdida de la condición de beneficiario de la sustitución pensional, el artículo 12 *ibidem*, reguló:

> *"[...] 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."

En cuanto a la pensión de sobrevivientes, el artículo 21 *ejusdem* estableció los requisitos para tener derecho a ella, cuando la muerte del causante se produce en simple actividad, en los siguientes términos:

"ARTICULO 21. Muerte en simple actividad. A la muerte de un Oficial, Suboficial, o Soldado Profesional de las Fuerzas Militares en actividad, con un (1) año o más de haber ingresado al escalafón o de haber sido dado de alta, según el caso, por causas diferentes a las enumeradas en los dos artículos anteriores, sus beneficiarios en el orden y proporción establecida en el artículo 11 del presente decreto tendrán derecho a partir de la fecha del fallecimiento, a que por el Tesoro Público se les pague una pensión mensual, reconocida por el Ministerio de Defensa Nacional, la cual será liquidada y cubierta en la misma forma de la asignación de retiro de acuerdo con el grado y tiempo de servicio del causante.

Cuando el Oficial, Suboficial o Soldado Profesional, falleciere sin tener derecho a asignación de retiro, la pensión será equivalente al cuarenta por ciento (40%) de las partidas computables.

PARAGRAFO: - El Ministerio de Defensa reconocerá de conformidad con lo dispuesto en este artículo, las pensiones establecidas en el artículo 6o de la Ley 923 del 30 de diciembre de 2004." (Subrayas fuera del texto original)

Frente a la sustitución de la asignación de retiro el artículo 40 del plurimencionado Decreto 4433 de 2004, dispone:

"Artículo 40. Sustitución de la asignación de retiro o de la pensión. 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."

2.3. De otro lado, la Corte Constitucional en la sentencia T-164 de 2016, en cuanto al alcance del contenido del artículo 11 parágrafo 2, literal a) del Decreto 4433 de 2004, especialmente en lo que atañe a la frase: *"y haya convivido con el fallecido*

no menos de cinco (5) años continuos inmediatamente anteriores a su muerte.", sostuvo:

> *"La conjunción "y" es incomprensible desde la perspectiva de la racionalidad de la norma (parágrafo 2°), en tanto, pareciera indicar que el parágrafo regula exclusivamente la hipótesis de la convivencia simultánea, cuando lo cierto es que establece distintos supuestos normativos relativos a la convivencia coetánea, por un lado, y a la convivencia sucesiva (no simultanea), por el otro.*
>
> *De aplicarse literalmente la norma, incluido el postulado del parágrafo 2°, se entendería que el literal a) regula la situación de la convivencia simultánea al igual que el inciso final de la norma, lo cual carece de sentido, en la medida que, significaría aceptar, primero, que la ley establece para un mismo supuesto normativo (convivencia simultanea) diferentes requisitos y, segundo, que esta norma únicamente sería aplicable cuando concurren cónyuge y compañera permanente a solicitar la pensión, existiendo un vacío en el caso de que solo acuda a reclamar la pensión una sola beneficiaria.* ***Por estas razones, considera la Sala que la mejor forma de interpretar el sentido de esta norma consiste en que, reconoce a los beneficiarios y establece los requisitos que aquellos deben acreditar para acceder a la sustitución de la asignación de retiro; específicamente, en el literal a) al regular la situación en la que se presente a reclamar el derecho pensional un solo beneficiario, sea cónyuge o compañera permanente****, y en el inciso final, al fijar los requisitos que deben acreditar tanto la cónyuge como la compañera permanente, en caso de convivencia simultánea y no simultánea*[5]*.*
>
> *En segundo lugar, debe recordar la Sala que el régimen especial de la Fuerza Pública existe por la necesidad de garantizar condiciones más beneficiosas a aquellos servidores que por las funciones especiales que desempeñan, no están en la capacidad de cumplir con los mismos requisitos que exige el régimen general de pensiones para acceder a derechos prestacionales*[6]*. Por este motivo, la jurisprudencia constitucional ha señalado que cuando dichas normas del régimen especial dejan de ser más beneficiosas, no solo pierden su finalidad, sino que también habilitan al juez de tutela para acudir a lo dispuesto en el régimen general*[7]*.*
>
> ***En lo que respecta a la figura de la sustitución pensional, vale mencionar que al realizar un paralelo entre lo establecido en el régimen general y en el especial de la Fuerza Pública, se puede constatar que el contenido de ambos cuerpos normativos es idéntico****, salvo en lo atinente al postulado del parágrafo 2° del artículo 11 del Decreto 4433 de 2004, antes referido. Por ello,*

---

[5] Esta conclusión se funda en las reglas generales sobre la validez y aplicación de las leyes, consagradas en los artículos 1° y 5° de la Ley 153 de 1887, "*por la cual se adiciona y reforma los códigos nacionales, la ley 61 de 1886 y la ley 57 de 1887*". El artículo 1° establece: "*Siempre que se advierta incongruencia en las leyes, u ocurrencia oposición entre la ley anterior y ley posterior, o trate de establecerse el tránsito legal de derecho antiguo a derecho nuevo, las autoridades de la república, y especialmente las judiciales, observarán las reglas contenidas en los artículos siguientes.*" Concordante con lo anterior, el artículo 5° señala: "*Dentro de la equidad natural y la doctrina constitucional, la Crítica y la Hermenéutica servirán para fijar el pensamiento del legislador y aclarar o armonizar disposiciones legales oscuras o incongruentes.*" (subraya fuera del original).
[6] Ver Sentencia C-835/02, (M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra).
[7] Ver Sentencia T-393/13, (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo).

es posible concluir que en caso de presentarse un conflicto al momento de aplicar este aparte del régimen especial, puede acudirse en virtud del principio de favorabilidad, a lo estipulado en el régimen general previsto en la Ley 100 de 1993 y sus posteriores modificaciones." (Negrillas del Despacho)

En el mismo sentido y frente a la facultad del legislador para establecer un tiempo mínimo de convivencia para que el cónyuge o compañero(a) permanente tengan derecho a la sustitución pensional o a la pensión de sobrevivientes, la Corte Constitucional en sentencia C-1094 de 2003, realizó las siguientes consideraciones que son perfectamente aplicables al *sub lite:*

"(...)
Como se indicó, el legislador, de acuerdo con el ordenamiento constitucional, dispone de una amplia libertad de configuración frente a la pensión de sobrevivientes. Además, según lo tiene establecido esta Corporación, el señalamiento de exigencias de índole personal o temporal para que el cónyuge o compañero permanente del causante tengan acceso a la pensión de sobrevivientes "constituye una garantía de legitimidad y justicia en el otorgamiento de dicha prestación que favorece a los demás miembros del grupo familiar"[8].

En relación con los cargos formulados, la Corte encuentra que, en principio, la norma persigue una finalidad legítima al fijar requisitos a los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, lo cual no atenta contra los fines y principios del sistema. En primer lugar, el régimen de convivencia por 5 años sólo se fija para el caso de los pensionados y, como ya se indicó, con este tipo de disposiciones lo que se pretende es evitar las convivencias de última hora con quien está a punto de fallecer y así acceder a la pensión de sobrevivientes.

Además, según el desarrollo de la institución dado por el Congreso de la República, la pensión de sobrevivientes es asignada, en las condiciones que fija la ley, a diferentes beneficiarios (hijos, padres y hermanos inválidos). Por ello, al establecer este tipo de exigencias frente a la duración de la convivencia, la norma protege a otros posibles beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, lo cual está circunscrito dentro del ámbito de competencia del legislador al regular el derecho a la seguridad social.

Con base en lo expuesto, al evaluar específicamente los cargos de inconstitucionalidad endilgados contra los literales a) y b) del artículo 13 de la Ley 797 de 2003, la Corte encuentra lo siguiente:

El señalamiento de los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes y la determinación de sus calidades es una materia inherente al régimen de

[8] Corte Constitucional. Sentencia C-1176-01, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

> *seguridad social, en el marco trazado por el artículo 48 de la Constitución Política.*
>
> *El hecho de establecer algunos requisitos de carácter cronológico o temporal para que el cónyuge o compañera o compañero permanente supérstite sea beneficiario de la pensión, no significa que el legislador haya desconocido o modificado la legislación civil sobre derechos y deberes de los cónyuges emitida en desarrollo del artículo 42 de la Constitución, pues la seguridad social representa un área autónoma frente al ordenamiento civil (CP, arts. 42 y 48). (...)"*

De lo expuesto hasta el momento se puede concluir que para que proceda tanto el reconocimiento de la sustitución de la asignación de retiro como de la pensión de sobrevivientes, a favor del cónyuge o compañero permanente de un miembro de la Fuerza Pública, es necesario acreditar que convivió de forma permanente, ininterrumpida, con vocación de permanencia por un término no inferior a 5 años anteriores al fallecimiento del causante.

Cabe destacar que este presupuesto normativo de temporalidad coincide con el consagrado en el régimen general de pensiones (literal a), artículo 47 de la Ley 100 de 1993 –modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003-, en tanto le exige al cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite 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.

Ha sido reiterativa la jurisprudencia nacional al señalar que con el requisito de convivencia para el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, el legislador busca favorecer aquellas uniones que evidencien un compromiso de vida real, con vocación de permanencia, para así proteger el patrimonio de la familia del pensionado ante eventuales maniobras fraudulentas de personas que sólo persiguen el beneficio económico de la pensión de sobrevivientes, mediante convivencias de última hora. Igualmente se ha desarrollado por esta vía el denominado principio material para la definición del beneficiario de la sustitución pensional, conforme al cual los criterios de convivencia, apoyo y socorro mutuo durante la última etapa de vida del causante, son determinantes para establecer si surge el referido beneficio pensional.[9]

[9] Ver sobre el particular, entre otras, la sentencia de la Corte Constitucional T-217/12, M.P. Dr. Nilson Pinilla Pinilla y el fallo de fecha 08 de abril de 2010 del Consejo de Estado, radicación número: 25000-23-25-000-2004-09096-02(2262-08), actor:

Precisado lo anterior, procede el Despacho al análisis del caso concreto.

3. Caso concreto.

Con las pruebas obrantes en el proceso se demostró que mediante Resolución No. 2166 de 20 de mayo de 2014 el Ministerio de Defensa Nacional reconoció a favor del SV Manuel Enrique Yepes Betancourth (q.e.p.d.) pensión de invalidez en cuantía del 95% de las partidas devengadas; en el mismo acto administrativo dispuso, sustituir totalmente la anterior prestación a favor del señor Antonio José Yepes Hoyos, en calidad de padre inválido del causante y negó la solicitud de sustitución pensional a la señora Jaqueline López Saavedra, porque no cumplió con el requisito de convivencia mínima con el causante (fls. 3 a 7).

Igualmente, se acreditó que el señor Manuel Enrique Yepes Betancourth falleció el 06 de marzo de 2014 (fl. 9).

En este punto es necesario precisar que, si bien para la fecha en que murió el causante Yepes Betancourt no tenía reconocida ninguna prestación pensional por parte del Ministerio de Defensa Nacional, de la lectura de la Resolución 2166 de 20 de mayo de 2014 se infiere que la entidad demandada ya estaba adelantando el trámite administrativo para reconocerle pensión de invalidez, toda vez que mediante acta de Junta Médico Laboral No. 56713 de 18 de enero de 2013 se le había decretado una disminución de la capacidad laboral del 100%, razón por la cual fue retirado del servicio activo de la institución militar.

Así, se considera que en el presente caso sí se pueden aplicar las normas referentes a la sustitución de la asignación de retiro previstas en los artículos 11 y 40 del Decreto 4433 de 2004, porque cuando el causante falleció, el empleador ya había corroborado el cumplimiento de los requisitos para reconocerle la prestación pensional por invalidez y únicamente falta expedir el acto administrativo que materializara el derecho.

Hilda Esther Correa de Pinzón, M. P. Víctor Hernando Alvarado Ardila. Igualmente, Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección C, sentencia de 29 de agosto de 2014, Exp. 25000-23-42-000-2013-05201-00.

Aclarado lo anterior, se procede a analizar si la señora Jaqueline López Saavedra tiene derecho a la sustitución de la pensión de invalidez reconocida post mortem al señor Manuel Enrique Yepes Betancourth.

Mediante Escritura Pública No. 563 de 12 de marzo de 2010 elevada ante la Notaría Tercera del Círculo de Tulúa (fl. 12), los señores Manuel Enrique Yepes Betancourth y Jaqueline López Saavedra constituyeron unión marital de hecho y expusieron *"Que conviven juntos desde el día primero (01) de julio de 2007, por lo cual sin estar casados, han hecho una comunidad de vida permanente y singular (...)"* (fls. 13 a 14). El anterior documento fue aclarado mediante Escritura Pública No. 3109 de 11 de marzo de 2011, en el sentido de establecer que **la convivencia entre sí inició el 28 de agosto de 2009** y no en la fecha antes indicada (fl. 12).

Ahora, los señores Carlos Andrés Yepes Echeverry, María Ysleny Echeverry Aguirre y Dolly Serna de Chaux rindieron testimonio ante el Juzgado Primero Civil del Circuito de Tuluá, que los practicó por comisión de este Despacho, y en esa oportunidad hicieron las siguientes afirmaciones:

María Ysleny Echeverry Aguirre

> "***Pregunta:*** *¿Conoció al señor Manuel Enrique Yepes Betancourth, por qué motivo lo conoció y por cuánto tiempo? Igualmente manifieste ¿Conoce a la señora Jaqueline López Saavedra, desde hace cuánto tiempo y por qué motivo la conoce?* ***Contestó:*** *Al señor Enrique Yepes lo conozco desde que él tenía como 6 o 7 años, porque yo era novia del hermano de él. A Jaqueline López la conozco porque ella se fue a vivir enseguida del apartamento donde yo vivía, hace 21 años la conozco. Entonces como en el 2003 Manuel Enrique se hizo novio de Jaqueline López. Ellos se conocían no cierto, pero en el 2003 me dijo él [Manuel Enrique] que se habían hecho novios. Él llegaba a la casa de la mamá y a veces amanecía en el apartamento de Jaqueline López; entonces ya en el 2009, él me dijo que se iba a organizar con ella, porque él me contaba todo porque yo era como una mamá para él y yo le dije eso es cuestión suya, usted verá. Entonces, en el 2009 que fue cuando se organizó con ella y se fue a vivir en seguida del apartamento donde yo vivía, en el barrio "El Príncipe", ahí fue donde ellos empezaron ya su relación de pareja, como esposos (...)*"

Dolly Serna de Chaux

> "***Preguntado:*** *¿Usted conoció o conoce a la señora Jaqueline López y al señor Manuel Enrique Yepes Betancourth? En caso afirmativo ¿indique por qué los conoce, desde hace cuánto tiempo los conoce y qué nos puede decir acerca de ellos?* ***Contestó:*** *yo conozco a Jaqueline porque mi vecina maría del*

Socorro Echeverry tiene unos apartamentos (…), Jaqueline y Enrique tomaron uno de esos apartamentos y entonces en seguida vive Ysleny, que es la hermana de María del Socorro, y ellas eran muy amigas, por ese medio la conocí, porque yo iba mucho a la casa de ella [de Ysleny]. Yo la frecuento mucho a ella, porque nosotros nos sentamos a tejer, nosotros nos ponemos a hacer manualidades así en el balcón del apartamento de ella y entonces, ahí conocí a Jaqueline, cuando se pasó a ese apartamento. ***Preguntado:*** *¿usted me está hablando que ella [Jaqueline López] se pasó a vivir con el señor Enrique?* ***Contestó:*** *Sí. (…)* ***Preguntado:*** *¿Cuéntenos qué conoce usted de ellos [Manuel enrique Yepes y Jaqueline López]?* ***Contestó:*** *Yo los conocí más o menos en el 2009, porque yo tenía dudas si era 2008 o 2009, pero después del primer testimonio que dimos, que no sirvió, yo caí en cuenta que era en el 2009 que ellos se pasaron a vivir a ese apartamento y ahí los conocí, vivían ellos dos y el niño de Jaqueline, ellos tres. Allí los conocí y yo la empecé a frecuentar a Jaqueline.* ***Preguntado:*** *¿Qué relación tenían ellos?* ***Contestó:*** *Ellos eran pareja. Ellos llegaron allí los 3 en el hogar. (….)"*

Carlos Andrés Yepes Echeverry

"***Preguntado:*** *¿Indíquele al Despacho, por el conocimiento que tiene, que nos puede decir de ellos dos [Manuel Enrique Yepes y Jaqueline López], de su vida privada, cuánto tiempo convivieron, desde cuándo conoció al señor Manuel Enrique Yepes y Jaqueline López? Háganos un relato.* ***Contestó:*** *A Manuel Enrique lo conozco todo el tiempo, toda la vida porque ellos son familiares, es tío. De Jaqueline López la conozco desde hace mucho tiempo porque ella vivía cerca de la casa de nosotros. Ellos salían en el 2003, ellos prácticamente tenían una relación porque cuando venía de permiso él se quedaba en la caso donde mi abuelo, pero amanecía en la casa de Jaqueline; por de igual forma les ayudaba con la cuestión económicamente (sic), por la cuestión de que muchas veces él se encontraba en los batallones (…) Ellos ya venían con esa relación desde antes, pero en el 2003 fue que ellos empezaron a convivir. Mi tío llegada, se quedaba donde Jaqueline. En los momentos de día de permiso se quedaba dónde mi abuela, pero igualmente se quedaba a dormir donde Jaqueline.* ***Preguntado:*** *¿En qué tiempo fue eso?* ***Contestó:*** *Estamos hablando del 2003, que fue cuando ellos empezaron a salir y más adelante, en el 2009, ellos tomaron la decisión de unirse en unión marital de hecho."*

De la prueba testimonial transcrita anteriormente, se puede concluir que la demandante Jaqueline López y el causante Manuel Enrique Yepes empezaron una relación de noviazgo desde el 2003 y sólo hasta el 2009 decidieron libremente conformar una familia y establecerse en un sitio de residencia común, es decir, convivir bajo el mismo techo y responder mutuamente por las obligaciones del hogar.

Ahora, teniendo en cuenta que ninguno de los declarantes precisó el día y mes en que Manuel Enrique y Jaqueline empezaron a convivir, el Despacho considera que la fecha de inicio de la vida en común de la pareja es la que ellos mismos expresaron en la Escritura Pública No. 3109 de 11 de marzo de 2011, es decir, el 28 de agosto de 2009.

En este orden de ideas, se concluye sin lugar a dudas que la actora no acreditó el tiempo mínimo de 5 años de convivencia que exige el literal a) del parágrafo 2º del artículo 11 del Decreto 4433 de 2004, para acceder a la sustitución de la pensión de invalidez reconocida al causante Hoyos Betancourth, ya que desde la fecha en que se inició la convivencia entre Jaqueline y Manuel Enrique (q.e.p.d.), esto es el **28 de agosto de 2009**, hasta el día en que murió el causante (06 de marzo de 2014), tan solo transcurrieron de **4 años, 6 meses y 8 días.**

Se aclara que no es posible tener en cuenta la relación de noviazgo que Manuel Yepes y Jaqueline López iniciaron en el 2003, como tiempo efectivamente convivido, pues las declaraciones de la señora Ysleny Echeverry Aguirre y del señor Carlos Andrés Yepes Echeverry son coherentes en afirmar que para esa época la susodicha pareja tenían residencias separadas, el causante en la casa de sus progenitores y la demandante en un apartamento arrendado en el barrio "El Príncipe" de Tulúa; adicionalmente, si bien los declarantes hicieron referencia a que en los días de descanso laboral o "*permiso*" de Manuel Enrique, éste "*algunas veces amanecía*" en la casa de Jaqueline, analizando en conjunto las afirmaciones, no queda duda que ese pernoctar era esporádico y no se realizaba en el marco de una relación de unión marital de hecho o de vida marital estable y permanente.

Finalmente, para el Despacho no tiene cabida el argumento propuesto por la parte demandante referente a que para tener derecho a la pensión de sobrevivientes únicamente debe acreditarse la convivencia por el término de 2 años anteriores a la muerte del causante, por varias razones: en primer lugar, ese tiempo de convivencia – 2 años antes de la muerte del titular del derecho o cotizante- era el mínimo exigido por el artículo 47 de la Ley 100 de 1993 antes de ser modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, que lo amplió a 5 años y esta última norma fue declarada exequible por la Corte Constitucional en sentencia C-1094 de 2003, cuyos apartes se transcribieron en el acápite anterior; adicionalmente, la jurisprudencia del

Consejo de Estado[10] ha sido enfática en afirmar que la norma que gobierna tanto el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes como la sustitución de la asignación de retiro o de la pensión de invalidez, es la vigente al momento de la muerte del causante, que para el caso concreto es la Ley 923 de 2004, reglamentada por el Decreto 4433 del mismo año, que exigen el requisito de convivencia permanente e ininterrumpida durante los 5 años anteriores al deceso del miembro de las fuerzas militares; y en tercer lugar, las normas previstas en la Ley 100 de 1993 no son aplicables al *sub lite,* toda vez que no prevén condiciones más favorables para adquirir el derecho pensional reclamado, por el contrario y como se indicó en párrafos precedentes, también exige que el compañero(a) permanente supérstite acredite que estuvo haciendo vida marital con el *de cujus* hasta su muerte y que la convivencia perduró mínimo 5 años antes del fallecimiento.

Con fundamento en lo anterior el Despacho considera que a la actora no le asiste derecho al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes que consagra el estatuto especial aplicable al presente asunto, en la medida que no satisface el requisito temporal que allí se establece para adquirir la titularidad de la prestación económica reclamada, por ende lo procedente es negar las pretensiones de la demanda.

4. Costas

El Despacho se abstendrá de condenar en costas a la parte demandante, de las cuales hacen parte las agencias en derecho, pues conforme a lo dispuesto en el numeral 8 del artículo 365 del C.G.P., aplicable por remisión expresa del artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron, lo cual no se acreditó en el presente caso y, adicionalmente, porque los argumentos expuestos fueron eminentemente jurídicos.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Catorce Administrativo Oral del Circuito de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

[10] Ver, entre otras, sentencias del 10 de noviembre de 2005. Exp. No.3496-04. Consejera Ponente Ana Margarita Olaya Forero, de 2 de octubre de 2008. Exp. No. 0757-04. Consejero Ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren; y de 21 de abril de 2016, Radicación número: 41001-23-33-000-2012-00125-01(2368-14), C.P. Luis Rafael Vergara Quintero.

R E S U E L V E:

PRIMERO: Denegar las súplicas de la demanda conforme a las razones expresadas en la parte motiva de este fallo.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

TERCERO: Ejecutoriada esta providencia, procédase al archivo del proceso, previa devolución del **remanente** consignado por concepto de gastos ordinarios del proceso.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE.

ELSA MIREYA REYES CASTELLANOS
JUEZ

YPSS