

República de Colombia
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



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

Ibagué, diecinueve (19) de mayo de dos mil veintidós (2022)

Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
 Radicación: No. 73001-23-33-000-**2019-00387-00**
 Demandante: EDILMA ANTOLÍNEZ GARCÍA
 Demandado: NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN -FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO - DEPARTAMENTO DEL TOLIMA
 Vinculada: GLADYS MARINA ROSERO
 Asunto: Sentencia de primera instancia

La señora **EDILMA ANTOLÍNEZ GARCÍA**, obrando a través de apoderado judicial, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, promovió demanda contra la Nación- Ministerio de Educación –Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio - Departamento del Tolima, con el fin que se hagan las siguientes:

I. DECLARACIONES Y CONDENAS¹

I.1. Que se declare la nulidad del acto administrativo contenido en la Resolución No. 591 del 2 de febrero de 2018, por el cual la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – y el Departamento del Tolima – Secretaria de Educación, resuelven desfavorablemente la solicitud de reconocimiento y pago de sustitución de pensión de jubilación de JUAN ESTEBAN AYALA BARRERA, quien fue pensionado con Resolución 918 del 06 de octubre de 2005 como docente nacional.

I.2. Como consecuencia de la anterior declaración, a título de restablecimiento del derecho, ordenar a la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y Departamento del Tolima - Secretaria de Educación –, que reconozca y pague la sustitución de pensión de jubilación de JUAN ESTEBAN AYALA BARRERA.

I.3. Como consecuencia de la anterior declaración, a título de restablecimiento del derecho, ordenar a las demandadas pagar las mesadas y primas causadas desde el deceso del señor JUAN ESTEBAN AYALA BARRERA, que reconozca y pague los reajustes de ley; así como el ajuste al valor o indexación laboral por la depreciación de la moneda.

¹¹ Ver fijación del litigio folios 390-396.

I.4. Ordenar a las demandadas que reconozcan y paguen los intereses comerciales y moratorios sobre las sumas que resulten adeudadas, si a ello hubiera lugar.

I.5. Condenar a la parte demandada al pago de las agencias en derecho y las costas procesales.

II. HECHOS

Como hechos relevantes de la demanda se relacionaron los siguientes:

II.1. El señor JUAN ESTEBAN AYALA BARRERA (Q.E.P.D.), contrajo matrimonio católico con la señora EDILMA ANTOLÍNEZ GARCÍA, el día 12 de agosto de 1978, matrimonio vigente hasta el día 22 de octubre de 2016, fecha en la cual su esposo falleció en la ciudad de Soacha Cundinamarca y con quien convivió 40 años, siendo la calle 12 # 7b 09 Barrio la Esperanza – Pamplona Norte de Santander el domicilio de los esposos. Dentro del matrimonio procrearon tres hijos, EDWIN ESTEBAN AYALA ANTOLÍNEZ, JAZMÍN ALEYDA AYALA ANTOLÍNEZ Y VÍCTOR HUGO AYALA ANTOLÍNEZ actualmente mayores de edad.

II.2. El señor JUAN ESTEBAN AYALA BARRERA se desempeñó como docente del Magisterio desde el año 1985 hasta el 1º de agosto de 2015, razón por la cual, la Secretaria de Educación y Cultura del Tolima - Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, le reconoció pensión de jubilación a través de la Resolución 0918 del 6 de octubre del 2005; posteriormente, mediante Resolución 4403 del 10 de julio de 2015, se dispuso su retiro definitivo del servicio activo por cumplimiento de la edad de retiro forzoso, siendo su último lugar de trabajo el Colegio Francisco Núñez Pedrozo de la ciudad de Mariquita - Tolima.

II.3. El señor JUAN ESTEBAN AYALA BARRERA y la señora EDILMA ANTOLÍNEZ GARCÍA, convivieron de manera permanente e interrumpida desde el día 12 de agosto de 1978 hasta el día 22 de octubre de 2017, no obstante el señor JUAN ESTEBAN, tenía que desplazarse al Departamento del Tolima para desempeñar sus labores como docente, sin que esto representara su intención de suspender la convivencia con su esposa la señora EDILMA ANTOLÍNEZ, pues de manera permanente durante los años de labor regresaba a su lugar de residencia en la ciudad de Pamplona a desempeñar sus funciones de padre de familia y esposo, compartiendo lecho, techo y fechas especiales en familia.

II.4. A través de radicación 2017-PENS-482288, con fecha del 11 de septiembre de 2017, la señora EDILMA ANTOLÍNEZ GARCÍA solicitó el reconocimiento del derecho de sustitución pensional que le corresponde como esposa del señor JUAN ESTEBAN AYALA BARRERA.

II.5. Mediante Resolución 0591 de 02 de febrero de 2018 la Secretaria de Educación y Cultura del Departamento del Tolima, resolvió negar temporalmente el reconocimiento y pago de la sustitución pensional a la señora EDILMA ANTOLÍNEZ GARCÍA, por existir conflicto de intereses, dado que se presentó a realizar la reclamación más de un beneficiario.

II.6. En el trámite de la conciliación extrajudicial surtida ante el Procuraduría 27 Judicial II de Ibagué – RAD N° 31044, y celebrada el 08 de mayo de 2018, la señora GLADYS MARINA ROSERO por medio de apoderado manifestó tener derecho a la sustitución pensional, argumentando ser compañera permanente del causante, con una convivencia de 23 años.

III. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN²

La apoderada judicial de la parte demandante refiere que el acto administrativo acusado infringe lo dispuesto en los artículos 23, 25, 48 y 53 de la Constitución Política, 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003.

Refirió que la señora Edilma Antolínez García, es merecedora del beneficio de la pensión de sobrevivientes del señor Juan Esteban Ayala Barrera (q.e.p.d.), toda vez que cumple con los requisitos establecidos en la Ley 797 de 2003, debido a que desde el día 12 de agosto de 1978 hasta el día 22 de octubre de 2016, convivió continua e ininterrumpida en calidad de cónyuge supérstite con el de *cujus*.

Aclaró que hay eventos en los que los cónyuges o compañeros permanentes no cohabiten bajo el mismo techo, en razón a circunstancias especiales de salud, trabajo, fuerza mayor o similares, lo cual no conduce de manera inexorable a que desaparezca la comunidad de vida de pareja como ocurre en el *sub lite*.

Concluye indicando que, a pesar de la separación de hecho de los cónyuges, si alcanzan a convivir al menos 5 años, el supérstite puede adquirir la pensión de sobrevivientes mientras ese vínculo no se disuelva, ya que los deberes de pareja subsisten al margen de si se allanaron a ellos o no.

IV. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Dentro del término de traslado contemplado en el artículo 172 de la Ley 1437 de 2011, el Departamento del Tolima y la vinculada Gladis Marina Rosero contestaron la demanda en los siguientes términos:

IV.1. Departamento del Tolima³:

“Me opongo a las pretensiones de la demanda, me atengo a lo que se logre demostrar por parte de las señoras EDILMA ANTOLÍNEZ GARCÍA Y GLADYS MARINA ROSERO, durante el debate procesal que ante este Juzgado se adelante, al final del cual el Juez determinará si existe claridad y certeza sobre el cumplimiento y acreditación de los requisitos establecidos por la Ley para que el demandante acceda al derecho a la PENSIÓN DE SOBREVIVIENTE TOTAL Y/O EL PORCENTAJE DE CADA UNA DE LAS PARTES, por la muerte del señor JUAN ESTEBAN AYALA BARRERO.

(...)

El Decreto 1848/69 en su artículo 68 establece;

² Ver folios 41-42.

³ Ver folios 205-208.

“Del Derecho a la pensión: Todo empleado oficial que preste o haya prestado sus servicios durante veinte (20) años, continua o discontinuamente, en las entidades, establecimientos o empresas señalados en el artículo 1o. de este decreto, tiene derecho a gozar de pensión de jubilación al cumplir cincuenta y cinco años de edad, si es varón, o cincuenta (50) años de edad, si es mujer.”

(...) El artículo 1° de la ley 33 de 1973, establece:

“Fallecido un trabajador particular pensionado o con derecho a pensión de jubilación, invalidez o vejez, o un empleado o trabajador del sector público, sea éste oficial o semioficial con el mismo derecho, su viuda podrá reclamar la respectiva pensión en forma vitalicia.”

El artículo 1° de la ley 12 de 1975 expresa:

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

IV.2. Gladis Marina Rosero Rosero⁴.

El apoderado de la parte vinculada se opuso a las pretensiones esgrimidas en la demanda, lo cual encuentra justificación en la prueba extraprocesal contenida en el documento escrito y autenticado ante la Notaria de Honda, en el cual rindió declaración juramentada el señor Juan Esteban Ayala el 5 de octubre del 2016 y dirigida a la Fiduprevisora, donde declaró que hace más de 20 años convive de forma continua e ininterrumpida con su compañera permanente la señora Gladis Marina Rosero Rosero, residenciados en la Cra. 6 No. 13-72 Barrio Arranca Plumas en el municipio de Honda Tolima; y por consiguiente solicitó el reconocimiento a la mencionada como única beneficiaria de su pensión de jubilación en caso de fallecimiento.

A su vez señala que un indicador importante de convivencia entre el señor Juan Esteban Ayala y la señora Gladis Marina Rosero Rosero es la dirección marital ubicada en la carrera 6 No. 13-72 Barrio Arranca Plumas de la ciudad de Honda Tolima, la misma que fuera aportada en la declaración juramentada referida en el acápite anterior, así como también en otros documentos allegados en la contestación de la demanda, como el memorial dirigido al Juzgado 2 Civil Municipal de Honda el 21 de abril de 2016 o en documento autenticado en la Notaria de Ortega-Tolima el 19 de julio de 2013, donde el señor Ayala comunica al Juzgado Promiscuo de familia de Pamplona que su dirección de notificaciones judiciales es la antes referida en la ciudad de Honda.

Aduce también que la señora Gladis Marina ofreció socorro y ayuda en la enfermedad de su compañero y da certeza que ni la familia, ni la esposa del señor Ayala estuvieron pendientes. Además, señala que al momento de fallecer el causante, la señora Gladis Rosero era la que se encontraba afiliada al sistema de salud del Magisterio -Unión Temporal Médico Salud-, y no la señora

⁴ Ver folios 241-254.

Edilma Antolínez García, quien se encontraba afiliada en Medimás Subsidiado desde 01 de diciembre de 2015.

El apoderado afirma que la señora Gladis Rosero fue compañera permanente del señor Ayala desde el año 1996 hasta su fallecimiento el 22 de octubre de 2016, y que a pesar del cambio de lugar de trabajo al que se veía impulsado el causante, siempre de manera continua e ininterrumpida se mantuvo su convivencia. En razón a lo anterior, concluye que, siendo sobreviviente de la unión marital la señora Gladis Rosero, tiene derecho a la pensión de sobreviviente y no la esposa, quien abandonó a Juan Esteban Ayala e incumplió sus obligaciones maritales de socorro, ayuda mutua y cohabitación.

IV.3. Nación – Ministerio de Educación - Fondo Nacional del Magisterio

Dentro del término concedido, guardó silencio.

V. TRÁMITE PROCESAL

La demanda inicialmente fue conocida por el Juzgado Segundo Administrativo Oral del Circuito de Ibagué, quien mediante providencia del 1 de noviembre de 2018 la admitió, ordenando notificar a los demandados (Fol. 53). Posteriormente, luego de correr el traslado para contestar la demanda, con providencia del 17 de septiembre 2019 el citado Juzgado declaró la falta de competencia por el factor cuantía y remitió las diligencias a esta Corporación para su conocimiento (Fol. 213-214).

Así las cosas, con providencia del 4 de octubre de 2019 esta Corporación avocó conocimiento del presente medio de control y decidió vincular a la señora Gladis Marina Rosero⁵; vencido el término de traslado para que aquella contestara la demanda⁶, con providencia del 8 de julio de 2020 se rechazó por improcedente la solicitud de acumulación presentada por la señora Gladis Marina Rosero (Fol. 365-370).

Ejecutoriada la anterior decisión, con auto del 25 de noviembre de 2020 se fijó hora y fecha para el adelantamiento de la audiencia inicial⁷, la cual tuvo lugar el 27 de enero de 2021⁸; en ella se surtió el saneamiento del proceso, la verificación de los requisitos de procedibilidad, se fijó el litigio, se surtió la etapa de conciliación sin llegar una fórmula de arreglo, y finalmente se resolvió sobre el decreto de pruebas. Luego, el 26 de marzo de 2021⁹ se adelantó la audiencia de pruebas recepcionando la documental y testimonial decretada, así mismo se ordenó oficiar nuevamente para el recaudo de la prueba documental pendiente, otorgando un término adicional de 10 días.

Posteriormente, con providencia del 22 de junio de 2021 se puso en conocimiento de las partes la prueba documental allegada otorgando el término de ejecutoria para que se pronunciaran al respecto, guardando silencio; así mismo declaró concluida la etapa probatoria y se ordenó a las partes la presentación por escrito de los alegatos de conclusión¹⁰, derecho del que hizo uso el extremo demandante (Fol.

⁵ Ver folio 218

⁶ Ver folio 364 vto.

⁷ Ver folios 375-377.

⁸ Ver folios 390-396.

⁹ Ver folios 467-472.

¹⁰ Ver folio 515.

532-533, 541-543), la vinculada (Fol. 526-530) y la Nación - Ministerio de Educación - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (Fol. 545-548).

VI. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El agente del Ministerio Público delegado ante esta Corporación no presentó concepto.

VII. CONSIDERACIONES

VII.1. Competencia

Es competente esta Corporación para conocer del presente asunto en primera instancia de conformidad a lo previsto en la cláusula general de competencia consagrada en el inciso 1º del artículo 104 del C.P.A.C.A., así como en lo dispuesto en los artículos 152 numeral 2º¹¹ y 156 numeral 3º *ibídem*.

VII.2. Problema jurídico a resolver:

Consiste en determinar si la señora EDILMA ANTOLÍNEZ GARCÍA tiene derecho a que la Nación, Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y el Departamento del Tolima, en el marco de sus competencias, le reconozcan y paguen la sustitución de la pensión de jubilación de la cual era titular el señor Juan Esteban Ayala Barreto en su condición de cónyuge supérstite, a partir del 22 de octubre de 2016, fecha en que falleció éste; es decir, se establecerá si el acto administrativo acusado contenido en la Resolución 0591 del 2 de febrero de 2018, se encuentra o no ajustado a derecho.

VII.3. Hechos probados

Teniendo en cuenta las pruebas oportunamente allegadas por las partes a las presentes diligencias, la Sala encuentra acreditado:

- Que ante la Iglesia Parroquial del Municipio de Cerrito Departamento de Santander, se registró el 12 de agosto de 1978, el matrimonio celebrado entre el señor Juan Esteban Ayala Barrera y la señora Edilma Antolínez García (Fol. 3)
- Que Edwin Esteban Ayala Antolínez nacido el 29 de agosto de 1980, Yazmín Aleida Ayala Antolínez nacida el 27 de mayo de 1979 y Víctor Hugo Ayala Antolínez nacido el 29 de agosto 1985, son hijos de Juan Esteban Ayala Barrera y Edilma Antolínez García (Fol. 4-6).
- Que ante el Juzgado Primero Promiscuo de Menores de Cúcuta la señora Edilma Antolínez García de Ayala presentó demanda de alimentos contra el señor Juan Esteban Ayala y respecto de sus menores hijos Jazmín Aleyda, Edwin Esteban, y Víctor Hugo Ayala Antolínez, la cual fue admitida el 3 de mayo de 1985, y en virtud de la cual, con providencia del 19 de noviembre de 1985 se impuso al señor Ayala la obligación de cancelar una pensión alimentaria equivalente al 40% del sueldo que devengaba como profesor (Fol. 276-278).

¹¹ Sin las modificaciones de la Ley 2080 de 2021, teniendo en cuenta que inició el trámite antes de su vigencia.

- Que por medio de Resolución No. 0918 del 6 de octubre de 2005, la Secretaria de Educación del Departamento del Tolima en representación del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, le reconoció la pensión de jubilación al señor Juan Esteban Ayala Barrera, con efectos fiscales a partir del 4 de abril de 2005, la cual fue reliquidada con Resolución No. 0212 del 26 de enero de 2016 (Fol. 7-9, 82-87).
- Que el 19 de julio de 2013 el señor Juan Esteban Ayala Barrera se presentó ante la Notaría Única de Ortega y autenticó una solicitud de desembargo de la cuota de alimentos con destino al Juzgado Primero Promiscuo de Familia, registrando como dirección de domicilio la carrera 6 No. 13-72 Barrio Arranca Plumas de Honda Tolima (CD. visible a folio 255 – archivo img433.jpg).
- Que a través de oficio 2014EE480 del 17 de enero de 2014, la Oficina del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio le resolvió solicitud de reconocimiento de cesantías parciales al señor Juan Esteban Ayala Barrera, registrando como dirección de notificación la carrera 6 No. 13-72 del Barrio Arrancaplumas de Honda Tolima (CD. visible a folio 255 – archivo img439.jpg)
- Que por medio de Resolución 4403 del 10 de julio de 2015, el Secretario de Educación y Cultura del Departamento del Tolima resolvió el retiro definitivo del servicio activo, por cumplimiento de la edad de retiro forzoso, de, entre otros, el señor Juan Esteban Ayala Barrera (Fol. 10-12).
- Que la última institución educativa en la que prestó sus servicios el señor Juan Esteban Ayala Barrera fue en la Técnica Francisco Núñez Pedroso del Municipio de San Sebastián de Mariquita (desde el 13 de enero de 2014 hasta el 31 de julio de 2015), entidad en la que registró como dirección de correspondencia la carrera 6ª No. 13-72 Municipio de Honda Tolima (Fol. 181- y CD. visible a folio 255 – archivo img317.jpg).
- Que el 18 de abril de 2016 el señor Juan Esteban Ayala Barrera presentó ante el Juzgado Segundo Civil Municipal de Honda, solicitud de desarchivo de un proceso ejecutivo, registrando como dirección de domicilio la carrera 6 No. 13-72 Barrio Arrancaplumas Honda (CD. visible a folio 255 – archivo img320.jpg).
- Que el 22 de abril de 2016 el señor Juan Esteban Ayala Barrera presentó ante el Juzgado Segundo Civil Municipal de Honda, solicitud de levantamiento de embargo, registrando como dirección de domicilio la carrera 6 No. 13-72 de Honda (CD. visible a folio 255 – archivo img318.jpg).
- Que el 24 y 28 de abril de 2016 el señor Juan Esteban Ayala Barrera presentó derecho de petición ante el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio con el fin de lograr el pago de las cesantías definitivas y el levantamiento del embargo salarial, respectivamente, registrando como dirección de notificación la carrera 6 No. 13-72 Barrio Arranca Plumas, Honda – Tolima (CD. visible a folio 255 – archivo img3332.jpg y img334.jpg, Folio 311-312).
- Que el 7 de junio de 2016 el señor Juan Esteban Ayala Barrera presentó ante el Banco Popular solicitud de devolución de algunos dineros descontados en la

nómina, registrando como dirección de domicilio la carrera 6 No. 13-72 de Honda (CD. visible a folio 255 – archivo img319.jpg).

- Que el señor Juan Esteban Ayala Barrera falleció el 22 de octubre de 2016 (Fol. 13).

- Que el 2 de noviembre de 2016 se radicó ante la Dirección de Prestaciones Sociales del Magisterio, un documento suscrito y autenticado ante Notaría por el señor Juan Esteban Ayala Barrera el 5 de octubre de 2016, en el que manifestó que convivió por más de 20 años con la señora Gladis Marina Rosero Rosero, reconociéndola como única beneficiaria de la pensión de jubilación (CD. visible a folio 255 – archivo img400.jpg y img401.jpg, Fol. 455-456).

- Que mediante Resolución 0591 del 2 de febrero de 2018, el Secretario de Educación y Cultura del Departamento del Tolima y el Profesional de Prestaciones Sociales del Magisterio negaron el reconocimiento y pago de la sustitución de la pensión de jubilación del señor Jaime Esteban Ayala Barrera a favor de la señora Edilma Antolínez García (Fol. 14-15).

- Que según el reporte de la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud – Adres-, visible en el Cd. Folio 255, archivo img399.jpg, de fecha 02 de marzo de 2020, la señora Edilma Antolínez García se encuentra afiliada desde el 1 de diciembre de 2015 a Medimás EPS. S.A.S. del régimen subsidiado como cabeza de familia.

- Que para el momento del fallecimiento del señor Juan Esteban Ayala Barrera, se registraba como beneficiaria de aquel en el servicio médico la señora Gladys Marina Rosero (Fol. 496-497, 503).

- Que la dirección registrada en el módulo de Datos Básicos del Sistema Humano Web de la Secretaría de Educación y Cultura del Tolima por parte del señor Juan Esteban Ayala Barrera era la carrera 6 No. 13-72 San Antonio – Tolima (Fol. 503).

- Que el 5 de diciembre de 2016 comparecieron ante la Notaría Única del Círculo de Honda los señores Luis Alberto Alfaro Muñoz y Ernesto Rodríguez Tovar, a rendir declaración juramentada, afirmando conocer la convivencia bajo el mismo techo entre los señores **Juan Esteban Ayala Barrera y Gladys Marina Rosero** Rosero desde hace veintitrés años en el barrio Arranca Plumas de Honda Tolima – Carrera 6 No. 13-72. También manifestaron conocer la dependencia económica de la señora Gladys Marina Rosero con relación al causante (CD. visible a folio 255 – archivo img321.jpg y 323.jpg, folios 305-306).

- Que el 18 de julio de 2017 la señora Gladis Marina Rosero Rosero rindió declaración juramentada ante la Notaría Única del Círculo de Honda, afirmando haber convivido con el señor Juan Esteban Ayala Barrera por espacio de 23 años desde el 12 de julio de 1993 hasta el 22 de octubre de 2016, quien le prodigaba todo lo necesario para su congrua subsistencia (alimentación, vivienda, vestuario, medicamentos, salud). También declaró haberlo acompañado durante todo el tiempo que duró su enfermedad – diciembre de 2015- y hasta la fecha de su fallecimiento (CD. visible a folio 255 – archivo img326.jpg, folio 307).

- Que en declaraciones extra proceso rendidas el 10 de julio de 2018 ante la Notaría Segunda de Pamplona, los señores Rodolfo Jaimes Murillo y Efraín Solano Rico, declararon que entre el señor **Juan Esteban Alaya Barrera y la señora Edilma Antolínez García** existió una convivencia en unión matrimonial desde el 12 de agosto de 1978, compartiendo techo lecho y mesa sin ninguna interrupción hasta el día del fallecimiento del primero, ocurrido el 22 de octubre de 2016. Precisó igualmente de la Unión Marital viven y existen 3 hijos mayores de edad, de nombres Jazmín Aleida Ayala Antolínez, Edwin Esteban Ayala Antolínez y Víctor Hugo Ayala Antolínez (Fol. 21-24).

VII.4 Interrogatorio de parte y prueba testimonial recaudada.

Dentro de la audiencia de pruebas realizada el día 26 de marzo de 2021, se recepcionó el interrogatorio de parte de la señora **Edilma Antolínez García** quien precisó que para el momento en que el causante realizó la declaración ante Notario sobre la unión marital de hecho con la señora Gladis Marina se encontraba en estado terminal. Indicó que en varias ocasiones intentó junto con su esposo la afiliación al sistema de salud, pero como quiera que ella vivía en otro departamento con sus hijos y el servicio del causante solo lo prestaban en el Tolima, ello fue lo que impidió que finalmente se afiliara al servicio de salud del señor Juan Esteban Ayala.

Afirmó que por el problema de alcoholismo que sufría su esposo fue irresponsable con sus hijos y con el hogar, lo que la obligó a iniciar, en el último embarazo, un proceso de alimentos contra aquel, fijándose una cuota del 40% de lo que devengaba; precisando que cuando sus hijos crecieron, el causante continuó pasando tal porcentaje para su hogar, sin que le hubiera retirado la ayuda en ningún momento.

Refirió que convivió con el señor Ayala prácticamente toda la vida, y que siempre viajaba a la ciudad de Pamplona a hacerle visita, precisando que trabajó en muchos lugares del Departamento del Tolima, culminando sus labores en el Municipio de Mariquita.

Alegó que luego de pensionarse el señor Ayala, se enteró que convivía con la señora Gladis Marina Rosero en Honda Tolima por más de 5 años, lo cual no era extraño, ya que también vivió en San Antonio con otra mujer.

Con relación a la convivencia indicó que la última vez que la visitó fue en el año 2015, momento en el que hablaron de la señora Gladis y pasaron una agradable tarde juntos. Relató que la situación económica de ella le hacía difícil trasladarse y acompañarlo en los últimos días de vida, sumado al hecho que ella padecía una enfermedad cardiaca.

Aclaró que tuvieron 3 hijos en un lapso de 5 a 10 años, y estuvieron conviviendo un promedio de 8 o 9 años, pero ya por el problema de alcoholismo se empezó a agravar y él empezó a trasladarse a trabajar a diferentes sitios. En este sentido precisó que en el año 1985 él abandonó su hogar y sus hijos, siendo trasladado

para San Antonio Tolima, y desde esa época laboró todo el tiempo en el Departamento del Tolima.

- ***Testigo Freddy Fernando Rosero***

Refirió ser residente de la carrera 6 No. 13-72 Barrio Arranca Plumas de Honda Tolima, de profesión estilista profesional, hijo de la señora Gladis Marina Rosero.

Indicó que su madre y el señor Juan Esteban Ayala se conocieron desde el año 1993 en el Colegio Alfonso López Pumarejo y a finales de esa anualidad llegó a vivir con ellos a la casa de su madre, y desde ese momento lo percibió como una figura paterna, ya que les brindó amor y compañía. Indicó que, pese a que era traslado a diferentes instituciones educativas en el Departamento, siempre tuvo vínculo sentimental y económico con la señora Gladis Marina, a quien tenía afiliada al sistema de salud y era siempre quien lo acompañaba a realizar todas las diligencias bancarias. Refiere que fueron 23 años de convivencia hasta el último día de vida del señor Juan Esteban, siendo velado y enterrado en el Municipio de Honda Tolima, teniendo como lugar de residencia en el que compartieron techo y lecho la carrera 6 No. 13-72.

Precisó que durante todo el tiempo que estuvo conviviendo Juan Esteban con la señora Gladis Marina nunca viajó al municipio de Pamplona a convivir o a tener relación con la señora Edilma, los únicos viajes que realizó (2) fueron cuando fallecieron sus padres, eventos en los que pudieron haberse encontrado.

Indicó que su madre también estuvo en la etapa de la enfermedad acompañándolo, toda vez que lo trasladaron a diferentes ciudades, falleciendo en sus brazos en la ciudad de Bogotá.

Afirmó que la señora Edilma Antolínez nunca lo visitó en el municipio de Honda, y mucho menos le demostró en vida cariño o afecto al causante. Refirió que el señor Juan Esteban con ocasión a la demanda de alimentos, le brindó apoyo económico únicamente a los hijos que tuvo con la demandante, pero no existe ninguna evidencia que demuestre que a aquella también la socorría. Finalizó su relato indicando que tiene en su poder todos los elementos personales del señor Juan Esteban, tales como prótesis dental, tarjeta de crédito, ropa, entre otros.

- ***Testigo Ernesto Rodríguez Tovar***

Precisó que es residente del barrio Arranca Plumas del municipio de Honda Tolima por más de 70 años, y en razón a ello conoció que el señor Juan Esteban Ayala vivió en la casa de la señora Gladis Marina Rosero por aproximadamente 20 años, reconociéndola como su esposa.

Refirió conocer que el causante falleció en la ciudad de Bogotá acompañado de la señora Gladis Marina Rosero. Preciso que no conoció a ninguna persona diferente a la señora Gladis Marina como compañera sentimental del señor Juan Esteban.

Indicó que luego del fallecimiento del señor Juan Esteban la señora Gladis no ha conseguido ningún otro compañero sentimental.

- **Testigo Luis Alberto Alfaro Muñoz**

Señaló ser residente del municipio de Honda Tolima y conocer desde el año 1993 al señor Esteban Ayala, por ser profesor de su hijo durante un periodo de 6 años en el Colegio Alfonso López Pumarejo en el área de sociales, y además porque vivía cerca de una novia que tenía en el mismo barrio Arranca Plumas de Honda. Preciso que conoció la relación de compañeros permanentes entre la señora Gladis y el señor Ayala, compartiendo techo y lecho en santa paz desde el año 1993.

Resaltó que el último año de vida del causante lo pasó en el municipio de Honda, en la casa de la señora Gladis Marina, quien lo acompañó hasta el lecho de muerte, encargándose de todos los tramites médicos, hospitalización y demás. Afirmó que desde que lo conoció vivió en la casa de la señora Gladis, en la carrera 6 No. 13 del barrio Arranca Plumas de Honda, a pesar de los traslados de los que era objeto por cuestión de su trabajo.

Aseveró que nunca vio o conoció a los hijos del señor Esteban Ayala y tampoco a alguna otra persona con la que compartiera sentimentalmente el señor Esteban Ayala, diferente a la señora Gladis Marina.

- **Testigo Jesús Alfonso Ayala**

Indicó ser el hermano del señor Juan Esteban y en tal condición afirma que aquel convivió desde el matrimonio aproximadamente 7 o 8 años con la señora Edilma Antolínez García, luego de lo cual se rompió la convivencia, precisando que nunca más vivieron juntos. Aclaró que más o menos en el año 93 a 95 su hermano lo visitó a Guaduas Cundinamarca y allí llegó con la señora Gladis a quien presentó como su compañera permanente. Indicó que en oportunidades se comunicaban telefónicamente y su hermano le pasaba a la señora Gladis para que se saludaran; también indicó que lo visitó en alguna oportunidad en el municipio de Honda en una casa a la orilla del río, en un sitio llamado Arranca Plumas.

Refirió que las oportunidades en que el señor Juan Esteban viajó a la ciudad de Pamplona siempre se quedaron en la casa de su familia biológica, no con la señora Edilma Antolínez.

Expuso que en razón a que su hermano Juan Esteban por la separación con la señora Edilma no le ayudaba económicamente con sus hijos, ella se vio obligada a demandarlo por alimentos.

Finalmente señaló que su hermano vivió en Honda con la señora Gladis Marina durante mucho tiempo, inclusive cuando estuvo en la enfermedad.

VII.5. De la naturaleza jurídica de la sustitución pensional.

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

Atendiendo tales principios, la jurisprudencia de la Honorable Corte Constitucional ha señalado que *“la sustitución pensional responde a la necesidad de mantener para sus beneficiarios, al menos el mismo grado de seguridad social y económica con que contaban en vida del pensionado o del afiliado fallecido, que al desconocerse puede significar, en no pocos casos, reducirlos a una evidente desprotección y posiblemente a la miseria”*.¹²

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

“(...) tiene como finalidad evitar “que las personas allegadas al trabajador y beneficiarias del producto de su actividad laboral queden por el simple hecho de su fallecimiento en el desamparo o la desprotección” y, por tanto, “busca impedir que, ocurrida la muerte de una persona, quienes dependían de ella se vean obligados a soportar individualmente las cargas materiales y espirituales de su fallecimiento.

(...).”

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

*“La Jurisprudencia ha reiterado que el derecho a la sustitución pensional está instituido como un mecanismo de protección a los familiares del trabajador pensionado, ante el posible desamparo en que puedan quedar por razón de la muerte de éste, pues al ser beneficiarios del producto de su actividad laboral, traducido en la mesada pensional, dependen económicamente de la misma para su subsistencia. Este derecho es una protección directa a la familia, cualquiera que sea su origen o fuente de conformación.”*¹³ (Negrilla fuera del texto original)

En providencia más reciente precisó:

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

En efecto, con la finalidad de atender dicha contingencia derivada de la muerte, el legislador ha previsto la pensión de sobreviviente cuya finalidad, no es otra que suplir la ausencia repentina del apoyo económico que brindaba el empleado al grupo familiar y, por ende, evitar que su deceso se traduzca en un cambio sustancial de las condiciones mínimas de subsistencia de las personas beneficiarias de dicha prestación.

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

Los herederos de una persona que fallece, son sus descendientes o ascendientes, sin importar el grado de dependencia económica con el fallecido. Los

¹² Sentencia C-111 de febrero 22 de 2006, M. P. Rodrigo Escobar Gil.

¹³ Sentencia del 3 de marzo de 2011 C.P. Luis Rafael Vergara Quintero Interno 5470-05.

beneficiarios de pensión son las personas que se encontraban en situación de dependencia de la persona que fallece. Es claro, entonces, que todo beneficiario de pensión es también heredero del causante, pero los herederos no necesariamente son beneficiarios de la pensión. ¹⁴”

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

VII.6. Marco normativo de la sustitución pensional – docentes

En primer lugar, la Sala debe precisar que las normas que gobiernan la sustitución pensional son las vigentes al momento del deceso del causante, esto es, a 22 de octubre de 2016, según el registro civil de defunción visible en el folio 13 del expediente, toda vez que este es el momento a partir del cual surge el derecho de los beneficiarios del pensionado, como lo ha sostenido reiteradamente el Honorable Consejo de Estado en diferentes providencias¹⁵.

En efecto, para la precitada fecha encontrándose vigente el Régimen General consagrado en la Ley 100 de 1993 modificado por la Ley 797 de 2003, las disposiciones contenidas en materia de sustitución pensional tanto en la Ley 71 de 1988 como en el Decreto Reglamentario 1160 de 1989 aun continuaron produciendo efectos para aquellos regímenes que por exclusión no quedaron comprendidos dentro del ámbito de aplicación del nuevo Sistema de Seguridad Social que por disposición expresa en su artículo 279 consagró:

«ARTÍCULO 279. EXCEPCIONES. El Sistema Integral de Seguridad Social contenido en la presente Ley no se aplica a los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, ni al personal regido por el Decreto ley 1214 de 1990, con excepción de aquel que se vincule a partir de la vigencia de la presente Ley, ni a los miembros no remunerados de las Corporaciones Públicas.

Así mismo, se exceptúa a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, creado por la Ley 91 de 1989, cuyas prestaciones a cargo serán compatibles con pensiones o cualquier clase de remuneración. Este Fondo será responsable de la expedición y pago de bonos pensionales en favor de educadores

¹⁴ Consejo de Estado – Sección Segunda – Subsección B. Expediente No. 25000-23-25-000-2009-00467-01 (2769-12). Sentencia de 5 de diciembre de 2013. Magistrado Ponente: Gerardo Arenas Monsalve. Actor: Hugo Guerrero Cáceres - contra – Ministerio de Educación Nacional.

¹⁵ Ver entre otras, la sentencia de 2 de octubre de 2008, radicación número: 25000-23-25-000-2002-06050-01(0363-08), Consejero ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

que se retiren del servicio, de conformidad con la reglamentación que para el efecto se expida.

Se exceptúan también, los trabajadores de las empresas que al empezar a regir la presente Ley, estén en concordato preventivo y obligatorio en el cual se hayan pactado sistemas o procedimientos especiales de protección de las pensiones, y mientras dure el respectivo concordato.

Igualmente, el presente régimen de Seguridad Social, no se aplica a los servidores públicos de la Empresa Colombiana de Petróleos, ni a los pensionados de la misma. Quienes con posterioridad a la vigencia de la presente Ley, ingresen a la Empresa Colombiana de Petróleos-Ecopetrol, por vencimiento del término de contratos de concesión o de asociación, podrán beneficiarse del régimen de Seguridad Social de la misma, mediante la celebración de un acuerdo individual o colectivo, en término de costos, forma de pago y tiempo de servicio, que conduzca a la equivalencia entre el sistema que los ampara en la fecha de su ingreso y el existente en Ecopetrol.

[...]»

En ese entendido, bajo el ámbito de aplicación del anterior régimen de sustitución pensional como del contenido en la Ley 100 de 1993 modificada por la Ley 797 de 2003, en relación con los trabajadores y servidores excluidos de este último, el Máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo mediante sentencia del 10 de octubre de 1996¹⁶ realizó el estudio de legalidad del artículo 6 del Decreto 1160 de 1989 reglamentario de la Ley 71 de 1988¹⁷, y lo delimitó así:

«2.2. Ámbito de aplicación de la norma acusada.

No obstante lo anterior ha de precisar la Sala que la Ley 71 de 1988 y por ende su Decreto Reglamentario 1660 [sic] de 1989 continuaron vigentes en cuanto a aquellos regímenes que por exclusión no quedaron comprendidos dentro de la Ley 100 de 1993, según lo dispuesto en el artículo 279.

A estas conclusiones de derogatoria tácita parcial de la legislación anterior sobre pensiones y aplicación para algunos destinatarios llega la Sala, primero, porque como ya se dijo, la comparación de las disposiciones anteriores a la vigencia de la Ley 100 con el régimen que ella contiene, permiten afirmar que la preceptiva demandada se encuentra derogada en cuanto a los regímenes que deben gobernarse por la Ley 100 de 1993 y, segundo, porque los exceptuados en el Artículo 279 ibidem, al no estar comprendidos dentro del ámbito de aplicación del nuevo sistema, deben regirse por la legislación anterior en cuanto sea compatible con cada régimen especial y mientras, como es obvio, el Legislador no expida un sistema de pensiones para tales destinatarios.”

¹⁶ Sentencia de 10 de octubre de 1996, expediente 11223.

¹⁷ «por la cual se expiden normas sobre pensiones y se dictan otras disposiciones»

Así las cosas, de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, no resulta aplicable a los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, creado por la Ley 91 de 1989, ese ordenamiento jurídico, motivo por el cual este personal, en lo atinente a la sustitución de la pensión, deberá regirse por lo previsto en la Ley 71 de 1988 y el Decreto 1160 de 1989, contrario a lo que sucede con los profesores que no se encuentran vinculados al mencionado fondo, dado que ellos sí resultarán cobijados por los preceptos de la aludida Ley 100.

La Ley 71 de 1988, en relación con la sustitución de la pensión, establece:

“Artículo 3o. Extiéndese las provisiones sobre sustitución pensional de la Ley 33 de 1973, de la Ley 12 de 1975, de la Ley 44 de 1980 y de la Ley 113 de 1985 en forma vitalicia, al cónyuge supérstite compañero o compañera permanente, a los hijos menores o inválidos, a los padres o hermanos inválidos que dependan económicamente del pensionado, en las condiciones que a continuación se establecen:

1. El cónyuge sobreviviente o compañero o compañera permanente, tendrán derecho a recibir en concurrencia con los hijos menores o inválidos por mitades la sustitución de la respectiva pensión con derecho a acrecer cuando uno de los dos órdenes tengan extinguido su derecho. De igual manera respecto de los hijos entre sí.

2. Si no hubiere cónyuge o compañero o compañera permanente, la sustitución de la pensión corresponderá íntegramente a los hijos menores o inválidos por partes iguales.

3. Si no hubiere cónyuge supérstite o compañero o compañera permanente, ni hijos menores o inválidos, la sustitución de la pensión corresponderá a los padres.

4. Si no hubiere cónyuge supérstite, compañero o compañera permanente, ni hijos menores o inválidos, ni padres, la sustitución de la pensión corresponderá a los hermanos inválidos que dependan económicamente del causante.

[...]

Artículo 10. Al cónyuge sobreviviente, al compañero o compañera permanente, a los hijos menores o inválidos, a los padres y a los hermanos inválidos con derecho a la sustitución pensional, se les harán los reajustes pensionales y demás beneficios y obligaciones contenidas en las leyes, convenciones colectivas, o demás disposiciones consagradas a favor de los pensionados.”

Por su parte, el Decreto 1160 de 1989 prevé:

“Artículo 6o. Beneficiarios de la sustitución pensional. Extiéndese las provisiones sobre sustitución pensional:

1o. En forma vitalicia al cónyuge sobreviviente, al compañero o a la compañera permanente del causante.

2o. A los hijos menores de 18 años, inválidos o cualquier edad y estudiantes de 18 años o más de edad, que dependan económicamente del causante mientras subsistan las condiciones de minoría de edad, invalidez o estudios.

3o. A falta de cónyuge, compañero o compañera permanente o hijos con derecho, en forma vitalicia a los padres legítimos, naturales y adoptantes del causante que dependan económicamente de éste.

4o. A falta de cónyuge, compañero o compañera permanente, hijos y padres con derecho a los hermanos inválidos que dependan económicamente del causante y hasta cuando cese la invalidez.

Parágrafo. Los órdenes de sustitución consagrados en el presente artículo, se aplicarán a la pensión especial establecida en el artículo 1o. de la Ley 126 de 1985 en favor de los beneficiarios de los funcionarios o empleados de la Rama Jurisdiccional y del Ministerio Público, conforme al artículo 4o. de la Ley 71 de 1988.

[...]

Artículo 8o. Distribución entre beneficiarios de la sustitución pensional. La sustitución pensional se distribuirá entre los beneficiarios así:

1o. El 50% para el cónyuge sobreviviente o compañero o compañera permanente del causante y el otro 50% para los hijos de éste, distribuido por partes iguales.

2o. A falta de hijos con derecho, se sustituirá la totalidad de la pensión, al cónyuge sobreviviente o al compañero o compañera permanente del causante.

3o. Si no hubiere cónyuge supérstite o compañero o compañera permanente, la sustitución de la pensión corresponderá a los hijos con derecho por partes iguales.

4o. Si no hubiere cónyuge supérstite o compañero o compañera permanente, ni hijos con derecho, se sustituirá la totalidad de la pensión a los padres con derecho.

5o. Si no hubiere cónyuge supérstite, compañero o compañera permanente, hijos o padres con derecho, la sustitución de la pensión corresponderá a los hermanos inválidos del causante.

Parágrafo. Cuando falte alguno de los beneficiarios del respectivo orden por extinción o pérdida del derecho, la parte de su pensión acrecerá a la de los demás, en forma proporcional.”

De la citada normativa se colige que los cónyuges o compañeros permanentes supérstites están habilitados para ser beneficiarios de la sustitución de la pensión gracia, siempre y cuando cumplan los requisitos establecidos para ello.

Ahora bien, en lo concerniente al requisito de convivencia, el artículo 7 del mencionado Decreto 1160 de 1989, establecía:

“Pérdida del derecho del cónyuge sobreviviente. El cónyuge sobreviviente no tiene derecho a la sustitución pensional, ~~cuando se haya disuelto la sociedad conyugal o exista separación legal y definitiva de cuerpos~~ o cuando en el momento del deceso del causante no hiciere vida en común con él, salvo el caso de hallarse en imposibilidad de hacerlo por haber abandonado éste el hogar sin justa causa o haberle impedido su acercamiento o compañía, hecho éste que se demostrará con prueba sumaria.

El cónyuge sobreviviente pierde el derecho de la sustitución pensional que esté disfrutando, cuando contraiga nupcias o haga vida marital.”

Frente a tal normativa, resulta oportuno anotar que el aparte tachado fue declarado nulo por el Consejo de Estado, con sentencia de 8 de julio de 1993¹⁸, al estimar que como se trataba de una disposición contenida en un decreto reglamentario, debía estar acorde con lo previsto en la ley reglamentada, lo cual no se observaba en este caso, pues aquella no establecía «[...] la disolución de la sociedad conyugal ni la separación definitiva de cuerpos como causales para que el cónyuge sobreviviente pierda el derecho a la sustitución pensional», de lo que se deduce que «[...] se excedió la potestad reglamentaria [...]».

Posteriormente, con providencia de 12 de octubre de 2006¹⁹, la Alta Corporación anuló en su totalidad el referido artículo 7, a partir de las siguientes consideraciones:

*“En este orden de ideas, de conformidad con las consideraciones anteriores de índole jurisprudencial, es apropiado afirmar que **la convivencia efectiva, al momento de la muerte del titular de la pensión, constituye el hecho que legitima la sustitución pensional y que, por lo tanto, es el criterio rector material o real que debe ser satisfecho, tanto por la cónyuge como por la compañera permanente del titular de la prestación social, ante la entidad de seguridad social, para lograr que sobrevinida la muerte del pensionado, la sustituta obtenga la pensión** y de esta forma el otro miembro de la pareja cuente con los recursos económicos básicos e indispensables para subvenir o satisfacer las necesidades básicas.*

Se concluye entonces que tratándose de la sustitución de derechos pensionales, el núcleo esencial se mantiene cuando se privilegia la relación efectiva.

[...]

El análisis de esta norma amerita que ella se desglose pues, como se señaló inicialmente el aparte “cuando se haya disuelto la sociedad conyugal o existe separación legal o definitiva de cuerpos” fue declarado nulo por esta Corporación en sentencia que se cita.

¹⁸ Expediente 4583.

¹⁹ Expediente 803-99.

Respecto del aparte “o cuando en el momento del deceso del causante no hiciera vida en común con él...”, se tiene lo siguiente.

Como se ha dejado explicado, hay igualdad entre las familias, conformadas libremente o por matrimonio, frente a los derechos de la seguridad social basado en la convivencia efectiva. **Pero el artículo demandado parte del supuesto contrario, es decir, de la posibilidad de conferir el derecho de sustitución pensional a quien no convive con el pensionado, lo cual da lugar a afirmar, con certeza, que esta expresión se aleja de los principios e interpretación constitucionales.**

Sin duda, si la Constitución y la Corporación Judicial a la que se ha confiado su guarda, propugnan por privilegiar el elemento sociológico, material y real de la convivencia, **aceptar que el derecho a la sustitución pueda ser conferido a quien no convive con el pensionado, contradice el ordenamiento superior.**

Ahora, trata la norma de superar el anterior obstáculo, haciendo una salvedad, lo cual no convierte la premisa inicial en admisible. Dicha excepción, por el contrario, confirma que la ley concibe la posibilidad de que quien no comparte la vida con el pensionado, pueda lograr el derecho a la seguridad social, cuando establece “...salvo de hallarse en imposibilidad de hacerlo por haber abandonado éste el hogar sin justa causa o haberle impedido su acercamiento o compañía, hecho este que se demostrará con prueba sumaria...”

Si la norma parte de que el cónyuge está en imposibilidad de convivir con el pensionado y, no obstante, permite que lo sustituya pensionalmente, desconoce de plano el criterio material de la convivencia y los principios de la seguridad social frente a la familia, admitido por la Corte Constitucional.

Aceptar la culpa del pensionado en esa ausencia es, nada más y nada menos que, dirimir un asunto propio de la jurisdicción de familia, con una prueba apenas sumaria, es decir, aquella que no se ha sometido al principio de contradicción.

Recuérdese que la sustitución pensional se guía por los principios propios de la seguridad social, que ubican en igualdad de condiciones a las familias, sin perjuicio de la forma escogida para su conformación.

Y por último, en lo que atañe a “...El cónyuge sobreviviente pierde el derecho a la sustitución pensional que este disfrutando, cuando contraiga nupcias o haga vida marital.”, baste señalar que la Corte Constitucional ha declarado inexecutable apartes de las siguientes normas:

- 1) “o cuando la viuda contraiga nuevas nupcias o haga vida marital” del artículo 2 de la Ley 33 de 1973; “o cuando contraiga nuevas nupcias o haga vida marital” del artículo 2 de la Ley 12 de

1975; y “*por pasar a nuevas nupcias o por iniciar nueva vida marital*” del artículo 2 de la Ley 126 de 1985. (C - 309/96)

2) “*para el cónyuge si contrae nuevas nupcias o hace vida marital y*”, contenidas en los artículos 188 del Decreto 1211 de 1990, 174 del Decreto 1212 de 1990, 131 del Decreto 1213 de 1990 y 125 del Decreto 1214 de 1990 (C-182/97).

“*para la viuda si contrae nuevas nupcias y*”, pertenecientes al parágrafo del artículo 6 del Decreto 1305 de 1975 (C-663/97).

[...]

A juicio de esta Sala *lo fundamental en el momento de determinar quién tiene derecho a la sustitución pensional, cuando se suscita sobre el mismo un conflicto entre el cónyuge y el compañero permanente, es establecer cuál de las personas compartió su vida con el difunto.* Esto significa que para la determinación de quién es el llamado a sustituir al pensionado fallecido en estos casos de conflicto no tiene mayor relevancia el tipo específico de vínculo constitutivo de la familia afectada por la muerte del jubilado.

Por el contrario se trata de un problema puramente probatorio, que debe desatar el juez bajo la certeza de que quien se designe como titular del derecho fue real y materialmente el apoyo del causante, en una relación de solidaridad y socorro mutuos.

Esta prueba debe ser absolutamente fehaciente, de manera que genere en el juzgador la convicción de la existencia de una unión entre la pareja, sin que puedan privilegiarse circunstancias que resultan ajenas al debate, y a los principios de la seguridad social y la Familia propugnados por nuestro ordenamiento jurídico.

Sin duda, sobre el marco constitucional ampliamente abordado, los pronunciamientos judiciales que hayan determinado la ruptura de una relación matrimonial no resultan suficientes para privilegiar el derecho a la sustitución pensional de la compañera (o) permanente o incidir en la pérdida del mismo para el cónyuge; igual consideración cabe hacer a la prueba sumaria que pueda aportarse acerca de las razones que dieron lugar al distanciamiento de los cónyuges, de forma que sea esta la que determine el derecho a la seguridad social, dejando de lado la realidad sociológica de la familia.” (Subraya fuera del texto original)

En ese sentido, es la convivencia el componente esencial para acceder al reconocimiento de la prestación pensional y por ende, se deberá otorgar a la persona quien «[...] fue real y materialmente el apoyo del causante, en una relación de solidaridad y socorro mutuos», pues «[...] aceptar que el derecho a la sustitución pueda ser conferido a quien no convive con el pensionado, contradice el ordenamiento superior».

El anterior criterio también ha sido acogido por la Corte Constitucional, en fallo T-87 de 2018²⁰, al sostener que «[...] *la sustitución pensional no depende de la clase de vínculo generador de la familia, sino de la relación real de convivencia y afecto que existía entre el fallecido y su beneficiario*»²¹.

Por consiguiente, lo trascendente para desatar este litigio es demostrar la convivencia del actor con la causante de la pensión, dado que la legislación y la jurisprudencia no admiten que se le otorgue el beneficio de la sustitución de la pensión a una persona que no convivía con el pensionado²².

VII.7. Caso concreto

En el presente asunto encontramos que la señora Edilma Antolínez García, alegando la condición de cónyuge supérstite, pretende el reconocimiento y pago de la sustitución de la pensión de jubilación que en vida disfrutaba el señor Juan Esteban Ayala Barreto y que le fue reconocida a través de la Resolución No. 913 del 08 de octubre de 2005, por haber laborado como docente en diferentes instituciones educativas.

Argumenta la actora, que contrajo matrimonio católico con el señor Juan Esteban Ayala Barrera el día 12 de agosto de 1978, el cual estuvo vigente hasta el día 22 de octubre de 2016, fecha en la cual su esposo falleció en la ciudad de Soacha Cundinamarca y con quien convivió 40 años, siendo la calle 12 # 7b 09 Barrio la Esperanza – Pamplona Norte de Santander el domicilio de los esposos. Adicionalmente precisó que, pese a que el causante ejerció su profesión docente en el Departamento del Tolima, nunca suspendieron la convivencia, pues de manera permanente regresaba a su lugar de residencia en la ciudad de Pamplona, desempeñando sus funciones de padre y esposo, compartiendo lecho, techo y fechas especiales en familia.

A continuación, procede la Sala a analizar las peculiaridades del caso objeto de juzgamiento frente al marco normativo que gobierna la materia y que, como se precisó precedentemente, exige como requisito indispensable, pese al vínculo legal del matrimonio, la prueba de la convivencia real y material entre el causante y su beneficiaria, como quiera que **la relación afectiva al momento de la muerte del titular de la pensión, constituye el hecho que legitima la sustitución pensional.**

²⁰ M. P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

²¹ Afirmación adoptada por esa Corporación en su jurisprudencia, de lo que dan cuenta las sentencias T-1009 de 2007, M. P. Clara Inés Vargas Hernández y T-307 de 2017, M. P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

²² CONSEJO DE ESTADO-SECCIÓN SEGUNDA-SUBSECCIÓN "B" Consejero ponente: CARMELO PERDOMO CUÉTER, diecisiete (17) de julio de dos mil veinte (2020), Radicación número: 05001-23-33-000-2013-01706-01(0313-17), Actor: JORGE URIEL CASTRO Demandado: UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP.

Bajo este hilo conductor encontramos que la demandante acreditó tener vigente para el momento del fallecimiento del señor Juan Esteban Ayala Barrera (22 de octubre de 2016), el vínculo matrimonial; sin embargo, no logró demostrar con suficiencia el requisito de la convivencia con aquel para el momento del deceso y que dé lugar al reconocimiento pensional, conforme se pasa a señalar:

En efecto, es precario el material probatorio allegado con la demanda tendiente a comprobar un compromiso de vida real con vocación de continuidad y permanencia entre el señor Juan Esteban Ayala Barrera y la señora Edilma Antolínez García. Escasamente fueron presentadas dos declaraciones extrajuicio rendidas por los señores Rodolfo James Murillo y Efraín Solano Rico el 10 de julio de 2018 ante la Notaría Segunda de Pamplona en las que manifestaron conocer que la pareja compartió techo, lecho y mesa desde 1978, y que producto de tal unión procrearon tres (3) hijos, afirmaciones que no fueron objeto de corroboración ante esta instancia judicial.

Sin embargo, con ocasión a la vinculación que se realizó a estas diligencias de la señora Gladys Marina Rosero, ésta presentó, al igual que lo hizo en sede administrativa, las declaraciones extra proceso rendidas el 5 de diciembre de 2016 ante la Notaría Única del Círculo de Honda por los señores Luis Alberto Alfaro Muñoz y Ernesto Rodríguez Tovar, quienes afirmaron conocer que el señor Juan Esteban Ayala Barrera convivía y compartía techo y lecho con la señora Gladys desde hacía veintitrés años en el barrio Arranca Plumas de Honda Tolima – Carrera 6 No. 13-72.

Estas personas a su vez comparecieron a la diligencia de pruebas adelantada por esta Corporación el 26 de marzo de 2021, y allí reiteraron que conocieron al causante conviviendo con la señora Gladys Marina Rosero por un espacio de aproximadamente 20 años en el municipio de Honda Tolima hasta el momento de su fallecimiento. Además, precisaron que fue ella la que se encargó de su cuidado y atención en los últimos años de vida, y que nunca conocieron a otra persona con la que el señor Juan Esteban Ayala Barrera hubiera tenido una relación sentimental.

También concurrió como declarante el señor Freddy Fernando Rosero, hijo de la señora Gladys Marina Rosero, quien de manera semejante indicó que Juan Esteban Ayala convivió con ella desde el año 1993 y que pese a que por su trabajo era sujeto de traslado a otros municipios del Departamento del Tolima, siempre existió vínculo sentimental y económico con Gladys, a quien tenía afiliada al sistema de salud y fue la que lo acompañó hasta el último día de vida, teniendo como lugar de residencia en el que compartieron techo y lecho la carrera 6 No. 13-72 del Barrio Arranca Plumas de Honda Tolima.

Igualmente asistió a declarar el señor Jesús Alfonso Ayala, hermano del causante, y quien corroboró lo dicho por los otros testigos, en el sentido de señalar que Juan Esteban Ayala convivía desde el año 1993 o 1995 con la señora Gladys Marina en el municipio de Honda Tolima, y que fue ella quien lo acompañó en todo el proceso de su enfermedad y no la señora Edilma Antolínez García con quien había dejado de convivir desde hacía ya bastantes años.

Adicionalmente se recibió la declaración de la demandante Edilma Antolínez García quien inicialmente afirmó que convivió de manera ininterrumpida con su esposo el señor Juan Esteban Ayala, y éste viajaba con frecuencia a la ciudad de Pamplona a visitarlos, no obstante, luego se contradijo al indicar que desde el año 1985 tuvieron diferentes inconvenientes por el problema de alcoholismo que éste presentaba, y finalmente al ser trasladado al Departamento del Tolima los abandonó, siendo la última vez que lo vio en el año 2015 cuando se reunieron y pasaron una tarde juntos.

Asimismo se allegaron al plenario sendos documentos que denotan que la dirección de domicilio del señor Juan Esteban Ayala siempre fue en la carrera 6 No. 13-72 del Barrio Arranca Plumas de Honda Tolima, siendo coincidente con la información suministrada por los testigos y restando credibilidad a las declaraciones extrajudicio allegadas con la demanda.

Sumado a lo anterior, está certificado que la persona que fungía como beneficiaria del servicio de salud del señor Juan Esteban Ayala para el momento de su muerte no era su esposa Edilma Antolínez García, sino la señora Gladys Marina Rosero.

Todo lo anterior permite concluir a la Sala que no se encuentra acreditada la convivencia requerida por el ordenamiento para el reconocimiento pensional en favor de la señora Edilma Antolínez García. Aun cuando existen dos (2) declaraciones que favorecen a la demandante en cuanto señalan que convivió con el causante, la demás pruebas testimoniales y documentales recaudadas prueban todo lo contrario, esto es, que él no compartía techo ni lecho con la demandante.

Se colige entonces que la interesada no acreditó la convivencia efectiva, apoyo y colaboración mutua con el señor Juan Esteban Ayala Barreto cuando ocurrió la muerte de este último, como supuesto de hecho y de derecho para que sea considerada como beneficiaria de la sustitución de la pensión que aquel disfrutaba en vida. A propósito, sobre el factor de convivencia efectiva entre parejas, este fue abordado por la Corte Constitucional en sentencia C-081 del 17 de febrero de 1999, en la que precisó:

«[...] Dadas estas circunstancias, por razones de orden constitucional y de los principios propios del derecho de la seguridad social, los cuales puede el Legislador configurar libremente, según el artículo 48 superior en aplicación, en cuanto a los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, éste en el artículo 47 literal a) de la Ley 100 de 1993, toma más en cuenta factores sociológicos, reales o materiales, en el entendido de lo que es una relación material de pareja, como quiera que se trata de una prestación de previsión, con lo cual procura aliviar la condición de precariedad económica en que queda la familia al desaparecer su cabeza, vale decir, el titular de la pensión, independientemente, de que alguno de los miembros de la pareja goce de la condición de cónyuge o de compañera o compañero permanente.[...]

La Corte Constitucional, comparte la tesis sostenida, tanto por el señor Procurador General de la Nación como por la mayoría de los interventores en este proceso, en cuanto a que la doctrina y jurisprudencia nacionales, han aceptado en acoger como factor determinante en la aplicación del literal a) del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, para establecer que persona tiene derecho a

la sustitución pensional, en casos de conflicto entre el cónyuge supérstite y la compañera o compañero permanente, el hecho del compromiso efectivo y de comprensión mutua existente entre la pareja, al momento de la muerte de uno de sus integrantes. [...]

*De lo anterior se concluye que, al contrario de lo sostenido por la demandante y con arreglo a las consideraciones anteriores, de índole jurisprudencial, es apropiado entonces afirmar que **la convivencia afectiva al momento de la muerte del titular de la pensión, constituye el hecho que legitima la sustitución pensional** y que, por lo tanto, es conforme a la Carta Política, el hecho de que la disposición cuestionada **exija, tanto para los cónyuges como para los compañeras o compañeros permanentes, acreditar los supuestos de hecho previstos por el Legislador para que se proceda al pago de la prestación**, con lo cual se busca, por parte del Congreso de la República, dentro de su amplia libertad de configuración legal, impedir (sic), que sobrevinida la muerte del pensionado, el otro miembro de la pareja cuente con los recursos económicos indispensables para satisfacer sus necesidades. [...]*» **Destacado fuera del texto original.**

Bajo este hilo conductor, no queda alternativa diferente para la Sala que denegar en su integridad las pretensiones demandatorias, quedando incólume la presunción de legalidad del acto administrativo atacado en el *sub lite*, que negó el reconocimiento de la sustitución pensional a favor de la señora Edilma Antolínez García.

VII.8. Condena en costas

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

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

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

La lectura del texto normativo permite establecer que el legislador eliminó la condición subjetiva de malicia o temeridad que debía observar el juez administrativo en la parte vencida para imponer la condena en costas con el anterior Código Contencioso Administrativo (Decreto 01 de 1984), ubicándose ahora en el plano puramente objetivo, en donde se deberá condenar en costas al vencido en el

proceso, independientemente de las causas del vencimiento, es decir, sin entrar a examinar la conducta de las parte que promovió o se opuso a la demanda, incidente etc.; criterio adoptado por la Sección Segunda, Subsección A, del Honorable Consejo de Estado en sentencia del 7 de abril de 2016, M.P. William Hernández Gómez, entre otras, el cual, a su vez tiene fundamento en la sentencia C-157 de 21 de marzo de 2013, ratificó el criterio objetivo valorativo del artículo 365 del C.G.P.

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

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

En consecuencia, se proferirá la siguiente:

DECISIÓN

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

RESUELVE

Primero: **DENEGAR** las pretensiones de la demanda instaurada por la señora EDILMA ANTOLÍNEZ GARCÍA contra la NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y el DEPARTAMENTO DEL TOLIMA, de acuerdo con los razonamientos esbozados en parte considerativa del presente fallo.

Segundo: **CONDENAR** en costas al demandante y a favor de las demandadas, conforme lo dispone el artículo 188 del C.P.A.C.A., para lo cual se fija la suma equivalente a un (1) salario mínimo legal mensual vigente por concepto de agencias en derecho para cada una, y se ordena que por la Secretaría de este Tribunal se realice la correspondiente liquidación de los gastos procesales, en los términos del artículo 366 del Código General del Proceso.

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

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

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



JOSÉ ANDRÉS ROJAS VILLA
Magistrado



JOSÉ ALETH RUÍZ CASTRO
Magistrado

CARLOS ARTURO MENDIETA RODRÍGUEZ
Magistrado

Firmado Por:

Carlos Arturo Arturo Mendieta Rodriguez Rodriguez
Magistrado

Oral 4

Tribunal Administrativo De Ibague - Tolima

Código de verificación: **c82f7c63fd6bbcd916e9ff63e04f3b5108d7242a7793c6597bf80254ca0e1e42**

Documento generado en 24/05/2022 02:18:16 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>