

PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES Y SUSTITUCIÓN PENSIONAL – Finalidad. Diferencias

Con la finalidad de atender la contingencia derivada de la muerte, el legislador previó la denominada pensión de sobrevivientes y la sustitución pensional (o de la asignación de retiro), como una prestación dirigida a suplir la ausencia repentina del apoyo económico que brindaba el afiliado o pensionado, 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 punto es relevante aclarar que si bien la pensión de sobreviviente y la sustitución pensional tienen la misma finalidad, la sustitución pensional es aquella 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; en cambio la pensión de sobreviviente es aquella prestación que se le otorga al núcleo familiar del afiliado no pensionado, que fallece sin cumplir con los requisitos mínimos para obtener la pensión. **NOTA DE RELATORÍA:** Corte constitucional, sentencias C-1094 de 2003 y T-564 de 2015.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 48 / LEY 100 DE 1993

PENSIÓN DE SOBREVIVIENTE A CÓNYUGE Y COMPAÑERA PERMANENTE – Requisitos / CONVIVENCIA – Permanencia y estabilidad / SEPARACIÓN DE HECHO - Efecto

Se infiere que en caso de controversia entre el cónyuge y el compañero (a) permanente, se debe determinar: (i) si hubo una vida marital y si esta perduró durante los 5 años anteriores al fallecimiento del pensionado, (ii) si existe sociedad conyugal y si la misma se encuentra o no disuelta, (iii) si hubo o no separación de hecho y (iv) el tiempo de convivencia y (v) si esta fue simultánea o sucesiva durante los 5 años anteriores a la muerte. Vale la pena precisar que frente al requisito de convivencia debe acreditarse la vocación de estabilidad y permanencia, por lo tanto, no se tienen en cuenta aquellas relaciones casuales, circunstanciales, incidentales, ocasionales, esporádicas o accidentales que haya podido tener en vida el fallecido pensionado; así mismo, frente a la separación de hecho, esta hace referencia a aquella separación de cuerpos o suspensión de la vida en común entre los cónyuges, la cual no fue declarada judicialmente.(...) es importante hacer énfasis en que no es aplicable el ordinal 12.4 del artículo 12 de la norma en cita, que hace referencia a la pérdida de la condición de beneficiario de la sustitución pensional al cónyuge que lleve 5 o más años de separación de hecho, por lo siguiente: Su aplicación literal es contraria a las reglas de reconocimiento de la sustitución pensional previstas en el parágrafo 2.º del artículo 11 del Decreto 4433 de 2004, que regula la forma de distribución de la asignación de retiro o pensión a sustituir, en caso de coexistir sociedad conyugal no disuelta con separación de hecho y compañero (a) permanente, sin que haya convivencia simultánea. En efecto, esta última norma prevé el supuesto de una separación de hecho, pero la exigencia de convivencia por un término superior a cinco años no puede entenderse como los últimos cinco años de vida del causante.

FUENTE FORMAL: DECRETO 4433 DE 2004 – ARTÍCULO 11 / DECRETO 4433 DE 2004 – ARTÍCULO 12 / DECRETO 4433 DE 2004 – ARTÍCULO 40

RECURSOS CONTRA DECISIONES DICTADAS EN EL CURSO DE LA AUDIENCIA INICIAL DEL PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO – Oportunidad

Es necesario recalcar que las decisiones proferidas en la audiencia inicial, para este caso concreto en la etapa de decreto de pruebas (artículo 180-10 CPACA), deben ser controvertidas a través de los recursos procedentes y en las oportunidades previstas para ello, de lo contrario, si se guarda silencio en esa etapa procesal, se entiende que las partes están conformes.

PENSIÓN DE SOBREVIVENTES A COMPAÑERA PERMANENTE – Reconocimiento / CONVIVENCIA FÍSICA IMPOSIBLE POR ENFERMEDAD – No impide el reconocimiento pensional

Encuentra la Sala que se demostró que los señores Amórtegui y Vargas, convivieron bajo un mismo techo, con vida marital, hasta un año y medio antes de la muerte del señor este, dado que en el año 2007, se enfermó y luego de varias cirugías fue llevado al hogar geriátrico de propiedad de una de sus hijas. Pese a lo anterior, su convivencia no cesó en este último periodo, pues si bien no compartieron techo y lecho, ello se debió a la circunstancia anotada, que escapó a la voluntad de los compañeros permanentes.(...) Recuerda esta Corporación que no es factor determinante para desvirtuar la convivencia en unión marital de hecho, el que los compañeros permanentes no vivan juntos bajo el mismo techo en un momento dado. En efecto, debe valorarse cada circunstancia en concreto, las razones por las que no vivieron en el mismo techo, así como los demás factores determinantes de la convivencia, como los son el auxilio o apoyo mutuo, la comprensión y la vida en común, que en últimas son los que legitiman el derecho reclamado. **NOTA DE RELATORÍA:** Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia de 30 de julio de 2009, C.P. Gerardo Arenas Monsalve, rad: 0638-08.

PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES A CÓNYUGE CON SOCIEDAD CONYUGAL VIGENTE – Separación de hecho de cinco años. No impide reconocimiento pensional

Para indicar que pese a que la cónyuge tenía más de 5 años de separación de hecho, no perdió su condición de beneficiaria de la sustitución pensional, dado que no fue disuelta la sociedad conyugal, es decir, existió un vínculo jurídico que solo fue disuelto con la muerte del señor Numael Amórtegui, a tal punto que la señora Ana María Silva recibía una cuota alimentaria del citado señor hasta la fecha de su fallecimiento, es decir, dependía económicamente de su cónyuge, lo que no fue objeto de controversia. **NOTA DE RELATORÍA:** Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia de 3 de mayo de 2012, C.P. Bertha Lucía Ramírez de Páez, rad: 1676-11.

PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES – Muerte de compañera sustituta. Extinción del derecho pensional / MESADAS CAUSADAS – Herencia

Es de advertir, que el derecho a la sustitución pensional de la señora Ana María Silva no se transfiere, porque se trata de un derecho que se extingue con el hecho de su muerte; no obstante, las mesadas pensionales causadas a su favor, pasan a formar parte de la respectiva masa herencial.

PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES A CÓYUGE Y COMPAÑERA PERMANENTE – Muerte de compañera sustituta. Cónyuge sobreviviente acrece porción de la compañera. Principio de favorabilidad

Con la muerte de la señora Ana María Silva, se extinguió el derecho a la sustitución de la asignación de retiro, aquí reconocida, por lo tanto, habría lugar al acrecimiento de la pensión, no obstante, este hecho no fue contemplado por el Decreto 4433 de 2004, es decir, el acrecimiento de la sustitución pensional entre la cónyuge y la compañera permanente. Pese a lo anterior, en virtud del principio de favorabilidad y bajo un criterio de justicia y equidad, es procedente aplicar la norma general, que para el caso concreto es el parágrafo 1° del artículo 8° del Decreto 1889 de 1994, tal como ya lo determinó esta corporación en un caso similar. De acuerdo con lo anterior, a partir del 19 de julio de 2015, la parte de la pensión reconocida inicialmente a la cónyuge, acrecerá la porción de la compañera permanente, correspondiéndole el 100% de lo que devengaba el causante por concepto de asignación mensual de retiro.

FUENTE FORMAL: DECRETO 1889 DE 1994 – ARTÍCULO 8

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN SEGUNDA

SUBSECCIÓN A

Consejero ponente: WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ

Bogotá D.C., veinticuatro (24) de agosto de dos mil diecisiete (2017)

Radicación número: 25000-23-42-000-2013-00823-01(0717-14)

Actor: MARÍA TERESA VARGAS RINCÓN

Demandado: CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE LA POLICÍA NACIONAL – CASUR

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Vinculada: Ana María Silva de Amortegui

Ley 1437 de 2011

Sentencia O-100-2017

1. ASUNTO

La Subsección A de la Sección Segunda del Consejo de Estado, decide los recursos de apelación formulados por el apoderado de la parte demandante y el apoderado de la tercera interviniente, contra la sentencia proferida el 29 de noviembre de 2013 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Segunda – Subsección C, que denegó las pretensiones de la demanda presentada por la señora María Teresa Vagas Rincón y las pretensiones presentadas por la señora Ana María Silva de Amortegui, en calidad de *litis consorte* necesaria.

2. ANTECEDENTES

La señora María Teresa Vargas Rincón en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho que consagra el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, demandó a la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional, con las siguientes pretensiones:

1. Declarar la nulidad de la resolución 003448 del 3 de agosto de 2009, por medio de la cual Casur denegó la sustitución pensional del extinto agente ® Amortegui Bulla Numael a favor de la señora María Teresa Vargas Rincón.
2. Declarar la nulidad de la resolución 004429 del 23 de septiembre de 2009, por medio de la cual Casur confirmó el acto administrativo 003448 del 3 de agosto de 2009, que fue objeto del recurso de reposición.
3. Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, solicitó se ordene a Casur a reconocer y pagar la sustitución pensional a favor de la señora María Teresa Vargas Rincón, en calidad de compañera permanente del extinto agente ® Amortegui Bulla Numael.
4. Así mismo, se condene a Casur a pagar las mesadas pensionales causadas y no pagadas, así como las mesadas adicionales de junio y diciembre, desde el momento de la defunción (17 de enero de 2009) hasta que se normalice el pago de la prestación.
5. Se ordene el pago de los reajustes legales de las mesadas pensionales adeudadas y de los intereses moratorios consagrados en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 y en el artículo 192 del CPACA.
6. Se ordene al pago indexado de todas las condenas y se condene al pago de costas procesales.

La demanda fue admitida mediante auto del 4 de junio de 2013,¹ a través del cual se ordenó notificar a la señora Ana María Silva de Amortegui, por considerar que

¹ Folios 61 a 63.

le asiste interés directo en el resultado del proceso; quién al intervenir planteó las siguientes pretensiones:²

1. Se reconozca la sustitución de la asignación de retiro que devengaba el señor Numael Amortegui Bulla, en calidad de cónyuge supérstite, en proporción al tiempo de convivencia y a partir de la fecha de fallecimiento de este, con inclusión de las correspondientes mesadas adicionales que percibía el pensionado.
2. Se ordene el pago indexado de las sumas reconocidas, así como de las costas y gastos procesales.

3. DECISIONES RELEVANTES EN LA AUDIENCIA INICIAL

En el marco de la parte oral del proceso, bajo la Ley 1437 de 2011, la principal función de la audiencia inicial es la de precisar el objeto del proceso y de la prueba.³ En esta etapa se revelan los extremos de la demanda o de su reforma, de la contestación o de la reconvenición, además se conciertan las principales decisiones que guiarán el juicio.

Con fundamento en lo anterior, se realiza el siguiente resumen de la audiencia inicial en el presente caso, a modo de antecedentes:

3.1. Excepciones previas art. 180-6 CPACA⁴

A folios 203 y 204 y CD a folio 201, se indicó lo siguiente en la etapa de excepciones previas:

«[...] las excepciones propuestas denominadas: “cobro de lo no debido” e “inexistencia del derecho”, se fundamentan en argumentos que atacan el fondo del asunto y se resolverán con la sentencia de mérito.

En cuanto a la excepción de prescripción, precisó que únicamente puede ser estudiado si prospera la pretensión principal de nulidad, lo cual se analiza en la sentencia.

[...] no encuentra el Despacho demostrada ninguna excepción previa o de las que trata el numeral 6° del artículo 180 del Código de Procedimiento

² La señora Ana María Silva de Amortegui, por medio de apoderado judicial, presentó escrito de contestación de la demanda (folios 164 a 169) y demanda de reconvenición (folios 184 a 188); los cuales fueron analizados conjuntamente por el *a quo* en la audiencia inicial (folios 202 a 206) para definir las pretensiones dado que la demanda de reconvenición no era procedente; así mismo, se observa que fueron definidas las pretensiones de la tercera interviniente en la sentencia objeto de apelación, proferida el 29 de noviembre de 2013 (folios 244 a 254).

³ Hernández Gómez William, consejero de Estado, Sección Segunda. Módulo *Audiencia inicial y audiencia de pruebas* (2015). EJRLB.

⁴ Bien podría decirse que esta figura, insertada en la audiencia inicial, es también una faceta del despacho saneador o del saneamiento del proceso, en la medida que busca, con la colaboración de la parte demandada, que la verificación de los hechos constitutivos de excepciones previas, o advertidos por el juez al momento de la admisión, se resuelvan en las etapas iniciales del proceso, con miras a la correcta y legal tramitación del proceso, a fin de aplazarlo, suspenderlo, mejorarlo o corregirlo. (Ramírez Ramírez Jorge Octavio, consejero de Estado, Sección Cuarta. Módulo *El juicio por audiencias en la jurisdicción de lo contencioso administrativo*. EJRLB.)

Administrativo o de lo Contencioso Administrativo, y en consecuencia, [...]»

El apoderado judicial de la parte demandante en uso de la palabra solicitó que no sean tenidas en cuenta las excepciones propuestas por la parte interviniente, por cuanto no funge como demandada.

Dicha intervención, fue tenida como aclaración o recurso de reposición, la cual fue resuelta de manera negativa, bajo el argumento que la mención sobre las excepciones se debió a que hay obligación de oficio de pronunciarse sobre las mismas, por cuanto fueron propuestas por el apoderado de la interviniente; así mismo, aclaró que lo hará la Sala de oficio al momento de dictar sentencia, porque es una potestad que otorga el nuevo estatuto.

3.2. Fijación del litigio art. 180-7 CPACA⁵

En el presente caso a folio 204 y CD obrante a folio 201, en la audiencia inicial se fijó el litigio respecto de los hechos, las pretensiones y el problema jurídico, así:

3.2.1. Hechos demostrados en el expediente.

«[...] 1.- El señor Numael Amórtegui y la señora Ana María Silva contrajeron matrimonio católico el día 27 de agosto de 1944, como consta en el acta que obra a folio 171 del expediente.

2.- Según la hoja de servicios número 0247 del 15 de febrero de 1982, que obra a folios 79 a 80 del expediente, el señor Numael Amórtegui laboró al servicio de la Policía Nacional, en el cargo de agente durante 22 años, 8 meses y 6 días, su estado civil era casado con la señora Ana María Silva, padre de dos hijos y fue retirado del servicio el día 12 de marzo de 1982, por solicitud propia.

3.- El señor Numael Amórtegui Bulla falleció el día 17 de enero de 2009, como consta en el Registro Civil de Defunción que obra a folio 14 del expediente.

4.- Como se observa a folios 90 a 94 y 172 a 173 del expediente, tanto la señora María Teresa Vargas de Moore, en su calidad de compañera permanente, como la señora Ana María Silva de Amórtegui, como cónyuge supérstite, solicitaron ante la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional, el reconocimiento y pago de la sustitución de la asignación de retiro devengada por el agente Numael Amórtegui Bulla, como consecuencia de su fallecimiento.

5.- Las anteriores solicitudes fueron resueltas en forma negativa mediante resolución número 003448 del 3 de agosto de 2009, suscrita por el Director de la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional, en la que

⁵ «[...] La fijación del litigio es la piedra basal del juicio por audiencias; la relación entre ella y la sentencia es la de “tuerca y tornillo”, porque es guía y ajuste de esta última.[...]» Hernández Gómez William, consejero de Estado, Sección Segunda (2015). Módulo *Audiencia inicial y audiencia de pruebas*. EJRLB.

se señaló que la entidad le reconoció asignación mensual de retiro a partir del 12 de marzo de 1982, al agente Numael Amórtegui Bulla, quién falleció el 17 de enero de 2009; y afirmó que a pesar de que las señoras Ana María Silva de Amórtegui, como cónyuge supérstite y María Teresa Vargas de Moore, como compañera permanente, solicitaron la sustitución de la asignación de retiro, ninguna de las dos cumplió con el requisito establecido en el numeral 12, numeral 12.5 del Decreto 4433 de 2004, el cual exige un mínimo de 5 años de convivencia inmediatamente anteriores al fallecimiento, para el reconocimiento de la prestación.

6.- Contra la anterior decisión, la señora María Teresa Vargas de Moore, interpuso recurso de reposición como consta a folios 101 a 104 del expediente y la señora Ana María Silva de Amórtegui, solicitó la revocatoria directa, como consta a folios 177 a 179 del expediente.

7.- El recurso de reposición fue resuelto por el Director General de la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional, mediante resolución número 004429 del 23 de septiembre de 2009, que confirmó en todas sus partes la resolución impugnada. En la misma se señaló que las declaraciones tendientes a demostrar la convivencia, en virtud de la transparencia, debían ser rendidas por terceras personas y no por familiares; y que dicha convivencia, no menos de 5 años continuos inmediatamente anteriores a la muerte, no estaba plenamente demostrada por las señoras María Teresa Vargas de Moore, ni por la señora Ana María Silva de Amórtegui. [...]»

Las partes estuvieron de acuerdo con lo anterior.

3.2.2. Problema jurídico fijado en el litigio.

«[...] Se debe determinar a quién corresponde el derecho al pago de la sustitución de la asignación de retiro reconocida por la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional al Agente ® Numael Amórtegui Bulla (q.e.p.d.), pues concurren en reclamo de ese derecho la demandante, señora María Teresa Vargas Rincón, como compañera permanente, y la señora Ana María Silva de Amórtegui, en su calidad de cónyuge supérstite [...]»

Las partes estuvieron de acuerdo, sin recursos.

4. SENTENCIA APELADA⁶

El *a quo* profirió sentencia de forma escrita en la cual denegó las pretensiones de la demanda presentadas por las señoras María Teresa Vargas y Ana María Silva, con base en los siguientes argumentos:

En primer lugar, señaló que resulta aplicable la Ley 923 de 2004 y el Decreto 4433 de 2004, porque el fallecimiento del agente ® Numael Amortegeui Bulla acaeció el 17 de enero de 2009.

⁶ Folios 244 a 254

Indicó que a la demandante no le asiste el derecho al reconocimiento de la sustitución pensional por cuanto no convivió con el causante durante los 5 años de vida anteriores al fallecimiento, pues presentó una interrupción de 11 meses aproximadamente, antes del fallecimiento del señor Amortegui Bulla.

Así mismo, afirmó que las manifestaciones de las visitas frecuentes al geriátrico no son prueba de convivencia, pues no dice las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se realizaron, por lo tanto, no quedó demostrada la periodicidad de las visitas, ni en qué consistió el apoyo moral, físico o afectivo que le brindó en calidad de compañera permanente. Del estudio del restante material probatorio refirió que con este no se probó la convivencia de la demandante con el causante dentro de los cinco años anteriores a la muerte, es decir en los años 2004 a 2009.

En cuanto al argumento de la demandante, consistente en que la interrupción de la convivencia con el señor Numael Amortegui Bulla se debió a que el señor Amortegui fue internado en el centro geriátrico por motivos de fuerza mayor, indicó que este quedó desestimado, porque no quedó demostrado que el señor Amortegui Bulla fue internado en contra de su voluntad, o debido a la falta de medios económicos para su subsistencia o careciera de asistencia médica.

Por otra parte, en lo que respecta a las pretensiones de la señora Ana María Silva de Amortegui, arguyó que se encuentra acreditado y no es objeto de controversia, que los señores Numael Amortegui Bulla y Ana María Silva contrajeron matrimonio el 27 de agosto de 1944 y que convivieron como esposos hasta la década de 1980; no obstante, de las declaraciones rendidas por los señores Nohora Ayde Pachón Romero, Ricardo Rodríguez Boyacá y la misma Ana María Silva, quedó claro que no hubo convivencia con vida marital durante los cinco años inmediatamente anteriores al fallecimiento del señor Amortegui, por lo tanto, no tiene derecho al reconocimiento y pago de la sustitución de la asignación de retiro.

Finalmente, no condenó en costas a la parte demandante y a la tercera interviniente, debido a la ausencia de prueba que desvirtúe la buena fe, igualmente, porque no incurrieron en conductas dilatorias o temerarias.

5. RECURSO DE APELACIÓN

5.1. Señora María Teresa Vargas Rincón⁷

El apoderado de la demandante solicitó revocar la sentencia apelada bajo el argumento de que el *a quo* no tuvo en cuenta las manifestaciones de los testigos en el sentido que si bien es cierto durante 1 año y 6 meses antes del deceso del señor Numael Amortegui Bulla no convivieron como era de costumbre, ello se debió a circunstancias de fuerza mayor y al hecho ineludible de que las hijas del

⁷ Folios 260 y 261. Es de resaltar que el documento denominado sustentación del recurso de apelación, obrante a folios 284 a 295 del expediente, no puede ser tenido en cuenta en la medida que la sustentación del recurso debe hacerse dentro del término legalmente concedido para ello en primera instancia, como en efecto se hizo en los folios inicialmente citados, y no en el trámite del recurso.

difunto le impidieron a la demandante ingresar al hogar geriátrico, que era de propiedad de una de ellas.

Igualmente, arguyó que la primera instancia no tuvo en cuenta los diversos fallos emitidos por el Consejo de Estado, mediante los cuales se indica que la compañera permanente tiene derecho a la sustitución pensional cuando por motivos ajenos a su voluntad no pudo convivir plenamente con su pareja.

5.2. Señora Ana María Silva de Amortegui⁸

El apoderado de la tercera interviniente solicitó revocar la sentencia apelada bajo el argumento de que hubo una interpretación errónea de la norma sustantiva, pues de la Ley 923 de 2004 y del Decreto 4433 de 2004, se desprende que si bien a la compañera permanente le asiste derecho a la sustitución pensional en proporción al tiempo de convivencia con el causante, previa acreditación de la misma al menos los 5 años anteriores al deceso del pensionado; lo cierto es que si respecto del pensionado persiste una sociedad conyugal que no fue disuelta ni liquidada, la otra cuota parte le corresponde a la cónyuge.

Resaltó que de los testimonios rendidos en el proceso, se probó que la separación de cuerpos se debió a los maltratos físicos y verbales del señor Numael Amortegui hacia la señora Ana María Silva, lo que conllevó a que ésta abandonara el hogar junto con sus 7 hijos, luego de 44 años de convivencia (1944-1980).

Indicó que el *a quo* no tuvo en cuenta que la convivencia efectiva hasta el fallecimiento del pensionado no se pudo llevar a término por culpa o responsabilidad exclusiva del causante, por lo que a la tercera interviniente si le asiste el derecho a la sustitución pensional de manera proporcional al tiempo de convivencia.

Igualmente, afirmó que la primera instancia no tuvo en cuenta la dependencia económica de la tercera interviniente con el señor Numael Amortegui, porque le pagaba una cuota alimentaria hasta el día de su fallecimiento.

6. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

6.1. Parte demandante:⁹ Reiteró los argumentos expuestos en el recurso de apelación y agregó que los compañeros permanentes convivieron por un lapso de 22 años (1987-2009), lo cual se encuentra demostrado con las pruebas documentales allegadas y los testimonios rendidos en el proceso.

De igual manera, se encuentra acreditada la dependencia económica, debido a que el señor Numael Amortegui pagaba los cánones de arrendamiento y los gastos médicos de la señora María Teresa Vargas.

⁸ Folios 262 a 265

⁹ Folios 298 a 308

6.2. Tercera interviniente y parte demandada: No presentaron alegatos de conclusión en segunda instancia, tal como se observa a folio 319.

6.3. Concepto del Ministerio Público: No rindió concepto dentro del presente asunto, como se desprende de la constancia secretarial que obra a folio 319.

7. CONSIDERACIONES

7.1. Competencia

De conformidad con el artículo 150 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo,¹⁰ el Consejo de Estado es competente para resolver el recurso de apelación interpuesto.

7.2. Problema jurídico

El problema jurídico a resolver en esta instancia se resume en la siguiente pregunta:

1. ¿Las señoras María Teresa Vargas Rincón, en calidad de compañera permanente y Ana María Silva de Amortegui, en calidad de cónyuge, cumplen con los requisitos previstos en el Decreto 4433 de 2004 para ser beneficiarias de la sustitución pensional reclamada?

La Subsección sostendrá la siguiente tesis: la demandante y la tercera interviniente cumplen con los requisitos para ser beneficiarias de la sustitución de la asignación de retiro, en forma proporcional al tiempo convivido con el causante, como a continuación se argumentará:

7.2.1. Régimen legal de la sustitución pensional

Conforme al artículo 48 de la Constitución Política, la seguridad social es un servicio público obligatorio que se presta bajo la dirección, coordinación y control del Estado, con observancia de los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que determine la ley.

A través de la Ley 100 de 1993 el legislador organizó el sistema de seguridad social integral (régimen general), en lo relacionado con el régimen de pensiones, cuyo su objetivo fue garantizar a la población el amparo contra las eventualidades derivadas de la vejez, la invalidez y la muerte, mediante el reconocimiento de las pensiones y prestaciones que se determinan en la citada ley.

Antes de este régimen existían otros de índole general y especial, que en virtud de las reglas de transición y de excepción contempladas en la misma Ley 100

¹⁰ El Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo conocerá en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los tribunales administrativos y de las apelaciones de autos susceptibles de este medio de impugnación, así como de los recursos de queja cuando no se conceda el de apelación por parte de los tribunales, o se conceda en un efecto distinto del que corresponda, o no se concedan los extraordinarios de revisión o de unificación de jurisprudencia.

(artículos 36 y 279), continuaron regulando situaciones especiales y específicas. Una ellas se concreta en el presente caso, esto es el régimen especial destinado a cubrir esas contingencias para los miembros activos y retirados de la Policía Nacional.

Ahora bien, con la finalidad de atender la contingencia derivada de la muerte, el legislador previó la denominada pensión de sobrevivientes y la sustitución pensional (o de la asignación de retiro), como una prestación dirigida a suplir la ausencia repentina del apoyo económico que brindaba el afiliado o pensionado, 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. Es decir, que su reconocimiento se fundamenta en normas de carácter público y constituye un desarrollo del principio de solidaridad. Al respecto, la Corte Constitucional en sentencia C-1094 de 2003, manifestó:

«[...]La pensión de sobrevivientes constituye entonces uno de los mecanismos instituidos por el legislador para la consecución del objetivo de la seguridad social antes mencionado. La finalidad esencial de esta prestación social 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. Por ello, la ley prevé que, en aplicación de un determinado orden de prelación, las personas más cercanas y que más dependían del causante y compartían con él su vida, reciban una pensión para satisfacer sus necesidades. [...]»
(Se subraya)

En este punto es relevante aclarar que si bien la pensión de sobreviviente y la sustitución pensional tienen la misma finalidad, la sustitución pensional es aquella 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; en cambio la pensión de sobreviviente es aquella prestación que se le otorga al núcleo familiar del afiliado no pensionado, que fallece sin cumplir con los requisitos mínimos para obtener la pensión.¹¹

De acuerdo con lo anterior, se precisa que lo debatido en el caso *sub examine* es el derecho a la sustitución de la asignación de retiro, debido a que al momento del fallecimiento del señor Numael Amortegui (17 de enero de 2009 – folio 14), ésta le había sido reconocida y venía siendo pagada (folios 81 a 84).

Ahora bien, el régimen de seguridad social aplicable al caso en concreto, es el Decreto 4433 de 2004, por cuanto:

- El artículo 279 de la Ley 100 de 1993 contempló la inaplicabilidad del Sistema Integral de Seguridad Social allí previsto respecto de los miembros de la Fuerza Pública y de la Policía Nacional.

¹¹ Sentencia T-564 de 2015.

- El señor Numael Amortegui laboró como agente de la Policía Nacional desde el 1.º de octubre de 1962 al 12 de marzo de 1982 (hoja de servicios visible a folio 79).
- La Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional le reconoció asignación de retiro al agente ® Amortegui Bulla Numael, a partir del 12 de marzo de 1982 (como se desprende del acto administrativo demandado – Resolución 003448 del 3 de agosto de 2009 visible a folio 82).
- La fecha de causación del derecho que aquí se discute es el 17 de enero de 2009, día en que falleció el agente ® Amortegui Bulla (folio 14).

En efecto, el Decreto 4433 de 2004 consagra en su artículo 40 la sustitución pensional en los siguientes términos:

«[...] 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. [...]»

7.2.2. Beneficiarios de la sustitución pensional en el régimen especial de la Policía Nacional.

De conformidad con el artículo 11 del Decreto 4433 de 2004, tienen derecho a la sustitución pensional los miembros del grupo familiar del oficial, suboficial, agente o miembro del nivel ejecutivo que fallezca en servicio activo o en goce de asignación de retiro o pensión por vejez, en el siguiente orden y porcentajes:

«[...] 11.1 La mitad al cónyuge o compañero (a) permanente sobreviviente y la otra mitad a los hijos menores de 18 años e hijos estudiantes mayores de 18 años y hasta los 25 años si dependían económicamente del causante al momento de su muerte, siempre y cuando acrediten debidamente su condición de estudiantes y a los hijos inválidos si dependían económicamente del causante.

11.2 Si no hubiere cónyuge o compañero (a) permanente sobreviviente, la pensión corresponderá íntegramente a los hijos menores de 18 años e hijos estudiantes mayores de 18 años y hasta los 25 años, siempre y cuando acrediten debidamente su condición de estudiantes y a los hijos inválidos, si dependían económicamente del causante.

11.3 Si no hubiere hijos, la pensión corresponderá la mitad al cónyuge o compañero (a) permanente sobreviviente, y la otra mitad en partes iguales, para los padres que dependían económicamente del causante.

11.4 Si no hubiere cónyuge o compañero (a) permanente sobreviviente, ni hijos, la prestación se dividirá entre los padres, siempre y cuando dependieran económicamente del causante.

11.5 Si no hubiere cónyuge o compañero (a) permanente sobreviviente, ni hijos, ni padres, la pensión le corresponderá previa comprobación de que el causante era su único sostén, a los hermanos menores de dieciocho (18) años o inválidos.

La porción del cónyuge acrecerá a la de los hijos y la de estos entre sí y a la del cónyuge, y la de los padres entre sí y a la del cónyuge. En los demás casos no habrá lugar a acrecimiento.

Parágrafo 1°. Para efectos de este artículo el vínculo entre padres, hijos y hermanos será el establecido en el Código Civil, y la calificación de la invalidez de los beneficiarios, será acreditada con fundamento en las normas del Sistema de Seguridad Social Integral que regulan lo concerniente a la determinación de dicho estado.

Parágrafo 2°. 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;**

[...]

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. [...]» (negrillas fuera de texto)

De lo expuesto, se infiere que en caso de controversia entre el cónyuge y el compañero (a) permanente, se debe determinar: (i) si hubo una vida marital y si esta perduró durante los 5 años anteriores al fallecimiento del pensionado, (ii) si existe sociedad conyugal y si la misma se encuentra o no disuelta, (iii) si hubo o

no separación de hecho y (iv) el tiempo de convivencia y (v) si esta fue simultánea o sucesiva durante los 5 años anteriores a la muerte.

Vale la pena precisar que frente al requisito de convivencia debe acreditarse la vocación de estabilidad y permanencia, por lo tanto, no se tienen en cuenta aquellas relaciones casuales, circunstanciales, incidentales, ocasionales, esporádicas o accidentales que haya podido tener en vida el fallecido pensionado; así mismo, frente a la separación de hecho, esta hace referencia a aquella separación de cuerpos o suspensión de la vida en común entre los cónyuges, la cual no fue declarada judicialmente.¹²

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 el caso en concreto, se encuentra acreditado lo siguiente:

7.2.3. Sociedad conyugal

El señor Numael Amortegui y la señora Ana María Silva, contrajeron matrimonio católico el 27 de agosto de 1944 (folio 171). Este matrimonio se encuentra reportado en la hoja de servicios del causante (folio 79, 1061 y 162). Igualmente, no existe evidencia de que la sociedad conyugal haya sido disuelta, por el contrario, según declaración extrajudicial rendida ante el Notario 12 del Círculo de Bogotá el 28 de agosto de 2009 por la señora María Teresa Vargas (folio 19) ello nunca se llevó a cabo. Esta última situación no fue objeto de controversia.

7.2.4. Convivencia con la señora Ana María Silva de Amortegui (cónyuge)

Esta convivencia se encuentra demostrada con las siguientes pruebas:

- Escrito presentado el 16 de enero de 1997 por el agente ® Numael Amortegui Bulla ante Casur (folio 15), donde informó que se separó de la señora Ana María Silva desde hace aproximadamente 15 años.
- Declaración extrajudicial rendida ante el Notario 75 del Círculo de Bogotá el 28 de enero de 2009 por la señora Araminta Porras Camargo (folio 180),

¹²Corte Constitucional sentencia C-336 de 2014, Magistrado ponente: Mauricio González Cuervo.

mediante la cual declaró que conoció al señor Numael Amortegui por espacio de 18 años y que conoció que desde el 10 de octubre de 2007 convivió nuevamente con la señora Ana María Silva de Amortegui bajo el mismo techo, que compartieron techo, lecho y mesa de forma permanente e ininterrumpida hasta el día de fallecimiento del señor Amortegui, que fue el 17 de enero de 2009.

- Testimonio rendido por la señora Nohora Ayde Pachón Romero (folio 221 y CD folio 217 – minuto: 50:58), donde manifestó que conoce a la señora Ana María Silva de Amortegui hace más o menos 35 años porque estudió con unas de las hijas de ella, que conoció a la señora María Teresa Vargas y sabe que ella convivió un tiempo con el señor Numael Amortegui en el barrio Inglés y luego se fueron a vivir al apartamento de una de las hijas del señor Numael.

En lo que respecta a la convivencia con la señora Ana María Silva, refirió que antes del 2006 esta no convivía con él, puesto que él vivía con la otra señora, luego de que pasó al hogar geriátrico vivían los dos en el mismo techo, pero no en la misma habitación, porque ellos eran amigos. Agregó que ella dependía totalmente del señor Numael y que en el tiempo en que estuvieron separados ella tenía una media pensión hasta que él murió, porque al parecer lo demandó o algo así.

- Testimonio rendido por el señor Ricardo Rodríguez Boyacá (folio 221 y CD folio 217 – minuto: 1:03:26), donde manifestó que conoce al señor Numael Amortegui y a la señora Ana María Silva de Amortegui, porque es el amigo del hijo menor de ellos; así mismo, que distinguía a la señora María Teresa Vargas, quien convivía con el señor Numael hasta antes de su muerte; agregó que la señora Ana María Silva vivía en el mismo centro geriátrico que el causante, pero no convivía con él, vivían en habitación diferente y eran amigos; sin embargo, agregó que esta dependía económicamente del sueldo del señor Amortegui.
- Testimonio rendido por la señora María Aurora Ortiz Díaz (folio 221 y CD folio 217 – minuto: 1:15:29), donde manifestó que conoce a la señora Ana María Silva de Amortegui, porque era su vecina; en lo que respecta a la convivencia refirió que ellos vivieron un tiempo, luego se separaron por violencia de él, y que antes de la muerte el señor Nuamel vivió un tiempo en un hogar geriátrico al parecer de propiedad de una hija.
- Interrogatorio de parte, rendido por la señora Ana María Silva de Amortegui (folio 222 y CD folio 217 – minuto: 1:29:15), quien aceptó que antes del fallecimiento el señor Numael vivió en la misma casa que ella, pero en piso diferente, estaban separados, tenían trato de amigos e iban al comedor con los demás ancianos. Igualmente, aceptó que durante los cinco años que estuvieron viviendo en la misma casa geriátrica, la señora Teresa, con la

que él vivió después de que me separaron, sí lo preguntaba, iba a la vivienda, se visitaban y charlaban.

7.2.5. Convivencia con la señora María Teresa Vargas (compañera permanente)

- Declaración extrajudicial rendida ante el Notario 17 del Círculo de Bogotá el 27 de abril de 2004 por la señora María Teresa Vargas (folio 13), donde manifestó que convivía con el señor Numael desde hacía 16 años en unión marital de hecho, en el mismo techo y bajo su dependencia económica.
- Lo anterior se corroboró nuevamente en declaración extrajudicial rendida ante el Notario 12 del Círculo de Bogotá el 28 de agosto de 2009 por la misma señora María Teresa Vargas (folio 19) y en la cual agregó que esa convivencia data desde el 10 de diciembre de 1987 hasta hacía 1 año y 6 meses antes, momento en el cual aquel fue internado en el Hospital de la Policía y después trasladado al Hospital Cardioinfantil, donde estuvo hospitalizado 2 meses, y que luego las hijas lo llevaron con su consentimiento a la casa geriátrico de una de ellas.
- Declaración extrajudicial rendida ante el Notario 12 del Círculo de Bogotá el 28 de agosto de 2009 por la señora Ruth Patricia Velandia Olivares (folio 20), mediante la cual declaró que conoció al señor Numael Amortegui por espacio de 17 años, quien convivió con la señora María Teresa Vargas, como compañeros permanentes, y reiteró lo declarado por la señora Vargas, descrito en el anterior punto.
- Escrito presentado el 16 de enero de 1997 por el agente ® Numael Amortegui Bulla ante Casur (folio 15), donde informó que convivía con la señora María Teresa Vargas desde hacía aproximadamente 10 años.
- Testimonio rendido por la señora Marina Martínez Castro (folio 220 y CD folio 217 – minuto: 8:30), donde manifestó que conoce a la señora María Teresa desde hace 18 años, que unos dos años después de conocerla le fue presentado el señor Numael Amortegui Bulla como el esposo de esta, del cual ella dependía económicamente para todo. Agrega saber que ellos convivieron hasta antes de su muerte, sin conocer otra persona que conviviera con él en ese momento.

Agregó que a él se lo llevaron después de un infarto, como desde 2007 o 2008, para un geriátrico de propiedad de una hija y allí estuvo bastante delicado hasta que falleció. Agregó que la señora María Teresa iba y lo visitaba durante algún tiempo, hasta que las hijas de este le prohibieron la entrada con amenazas de pegarle, según ella le informó.

- Testimonio rendido por la señora Ruth Patricia Velandia (folio 220 y CD folio 217 – minuto: 22:33), donde manifestó que era la nuera del difunto

Numael Amortegui Bulla, que lo conocía desde hacía 21 años y por ende también conocía a la señora Ana María Silva. Que conoció de trato a la señora María Teresa Vargas desde hacía 19 años, con quien este convivió hasta el momento de su muerte y del cual dependía económicamente.

Agregó que durante su convivencia compartieron techo, lecho y comida sin que éste tuviera otro hogar. Indicó que los últimos días antes de la muerte de él, a la señora María Teresa no la dejaron entrar a la casa hogar de propiedad de una hija de Numael, donde lo habían llevado por su estado de salud; incluso, indicó que la sacaron de la casa, la trataron mal y le pegaron, situación esta que ella presencié. Agregó que su exsuegro le contaba con tristeza esa situación, aunque se llamaban mutuamente.

- Testimonio rendido por el señor Guillermo León Arcila (folio 220 y CD folio 217 – minuto: 44:14), donde manifestó que conoce a la señora María Teresa Rincón, porque fue su paciente en los últimos 20 años, la conoce desde el año de 1990 y conoció al señor Numael Amortegui Bulla, porque también fue su paciente en los últimos 15 años de su vida; en lo que respecta a la convivencia refirió que conoció esta situación entre ellos porque así los vio, se comportaron y siempre se presentaron como tales, sin que le conociera otra pareja a este. Agregó que no supo si ello perduró hasta el momento propio del fallecimiento y que no conoció si se separaron.

7.2.6. Valoración probatoria

En primer lugar y de acuerdo al escrito presentado ante esta Corporación el 20 de octubre de 2014 (folios 284 a 295), se debe pronunciar la Sala sobre la viabilidad de analizar la presunta ilegalidad del interrogatorio de parte rendido por la señora Ana María Silva de Amortegui, puesto que había sido decretada y practicada en contravía del artículo 203 del C.P.C.

Al respecto, tenemos que esta prueba fue decretada en la audiencia inicial llevada a cabo el 16 de octubre de 2013 (folios 202 a 206). Esa decisión fue notificada en estrados y frente a la misma no se hizo pronunciamiento ni se interpusieron recursos; por lo tanto, quedó debidamente ejecutoriada.

En ese sentido es necesario recalcar que las decisiones proferidas en la audiencia inicial, para este caso concreto en la etapa de decreto de pruebas (artículo 180-10 CPACA), deben ser controvertidas a través de los recursos procedentes y en las oportunidades previstas para ello, de lo contrario, si se guarda silencio en esa etapa procesal, se entiende que las partes están conformes.

Lo anterior implica seguridad jurídica y adquiere relevancia para no sorprender al juez en etapas posteriores del proceso, con debates o nuevos cuestionamientos respecto de decisiones ejecutoriadas. Ello, salvo cuando estas presuntas irregularidades impliquen una nulidad insaneable. Por lo tanto, como no es el

caso, y lo que se pretende rebatir es la conducencia de la prueba, no es esta la etapa procesal para reabrir el debate sobre la misma, máxime cuando no se discute una causal de exclusión o de ilicitud de la prueba practicada y decretada.

De otra parte, al valorar las pruebas en su conjunto, observa la Subsección que en el expediente quedó demostrado lo siguiente:

- La señora Ana María Silva y el señor Numael Amortegui, conformaron una sociedad conyugal desde el 27 de agosto de 1944 al 17 de enero de 2009, fecha en que murió el citado señor.
- Los señores Numael Amortegui y Ana María Silva, se separaron de hecho en 1986, por lo tanto, convivieron por un lapso de 42 años desde el año de 1944. Se resalta que, pese a que de las diversas declaraciones y testigos son variables en cuanto a la fecha de separación de estos, lo más constante y evidente es que la misma ocurrió en el año de 1986, para lo cual se tiene presente la misma declaración de la señora Ana María Silva.
- Así mismo, se demostró que no existió una convivencia posterior entre los cónyuges, pues de las declaraciones se desprende que aunque durante los últimos meses ambos vivieron en el mismo techo (en el geriátrico de propiedad de una de las hijas), no hicieron vida marital ni tuvieron vocación de vida en común, sino que vivieron en habitaciones separadas y su relación fue de amigos, como lo sostiene la misma Ana María Silva.
- De otra parte, está demostrado que el señor Numael Amortegui y la señora María Teresa Vargas Rincón convivieron como compañeros permanentes desde el año de 1987 al 17 de enero de 2009, fecha del fallecimiento de aquel.

Frente a ello encuentra la Sala que se demostró que los señores Amortegui y Vargas, convivieron bajo un mismo techo, con vida marital, hasta un año y medio antes de la muerte del señor este, dado que en el año 2007, se enfermó y luego de varias cirugías fue llevado al hogar geriátrico de propiedad de una de sus hijas. Pese a lo anterior, su convivencia no cesó en este último periodo, pues si bien no compartieron techo y lecho, ello se debió a la circunstancia anotada, que escapó a la voluntad de los compañeros permanentes.

Ello se desprende del conjunto de testimonios donde se afirma claramente que en ese último lapso ella lo visitaba, se llamaban, ella le prodigaba apoyo emocional y espiritual, lo cual solo se vio interrumpido en forma física por el impedimento de acceso a dicho lugar, del que fue objeto de la señora María Teresa.

En efecto, contrario a lo determinado por el *a quo*, esta instancia considera que de los testimonios rendidos dentro del proceso, tanto a instancia de la

parte demandante como de la tercera interviniente, se logró demostrar que la señora María Teresa Vargas visitaba al señor Amortegui con frecuencia y le brindó su compañía y apoyo, a tal punto, que tuvo problemas con las hijas de este, quienes en ocasiones le impedían el ingreso al geriátrico.

Recuerda esta Corporación que no es factor determinante para desvirtuar la convivencia en unión marital de hecho, el que los compañeros permanentes no vivan juntos bajo el mismo techo en un momento dado. En efecto, debe valorarse cada circunstancia en concreto, las razones por las que no vivieron en el mismo techo, así como los demás factores determinantes de la convivencia, como los son el auxilio o apoyo mutuo, la comprensión y la vida en común, que en últimas son los que legitiman el derecho reclamado.¹³

En dichos términos, encuentra la Sala demostrada la vocación de vida común, afecto, auxilio mutuo y apoyo, lo que se traduce en convivencia efectiva de la señora con el señor Amortegui hasta el 17 de enero de 2009, pese al poco tiempo de separación física.¹⁴

7.2.7. Aplicación de las reglas de sustitución de la asignación de retiro.

Conforme a lo expuesto, tenemos que tienen derecho a la sustitución de la asignación de retiro del señor Numael Amortegui, tanto la esposa con sociedad conyugal anterior no disuelta y la compañera permanente quien acreditó convivencia superior a los 5 años anteriores al deceso; convivencia que en todo caso fue sucesiva y no simultánea, lo que conlleva a la aplicación del inciso final del artículo 11 del Decreto 4433 de 2004, ya transcrito.

En este punto, es importante hacer énfasis en que no es aplicable el ordinal 12.4 del artículo 12 de la norma en cita, que hace referencia a la pérdida de la condición de beneficiario de la sustitución pensional al cónyuge que lleve 5 o más años de separación de hecho, por lo siguiente:

- Su aplicación literal es contraria a las reglas de reconocimiento de la sustitución pensional previstas en el parágrafo 2.º del artículo 11 del Decreto 4433 de 2004, que regula la forma de distribución de la asignación de retiro o pensión a sustituir, en caso de coexistir sociedad conyugal no disuelta con separación de hecho y compañero (a) permanente, sin que haya convivencia simultánea.
- En efecto, esta última norma prevé el supuesto de una separación de hecho, pero la exigencia de convivencia por un término superior a cinco

¹³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "B", Consejero Ponente: Gerardo Arenas Monsalve, providencia del 30 de julio de 2009, expediente: 68001-23-15-000-2001-02594-01(0638-08), demandante: Herminda Flórez Jaimes, demandado: Ministerio de Defensa – Policía Nacional y otro.

¹⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Consejero Ponente: Gerardo Arenas Monsalve, Bogotá, 12 de febrero de 2015, expediente: 11001-03-25-000-2010-00236-00(1974-10), demandante: Fernando Antonio Chacón Lebrun, demandado: Gobierno Nacional.

años no puede entenderse como los últimos cinco años de vida del causante.

Así lo ha entendido reiteradamente la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación laboral -, al interpretar la misma regla consagrada en los artículos 47 y 74 de la Ley 100 de 1993 (modificada por la ley 797 de 2003) para el régimen general de pensiones;¹⁵ también lo ha corroborado la Corte Constitucional en la sentencia T-128/16¹⁶ y lo ha ratificado el mismo Consejo de Estado en decisión del 23 de septiembre de 2015¹⁷

- Así las cosas, aplicar la regla del artículo 12 numeral 4, haría perder efecto útil a la prevista en el inciso final del artículo 11 del Decreto 4433 de 2004.
- Por último, tenemos que La Ley 923 de 2004 no consagró dicha exclusión, por lo tanto, el presidente de la república no estaba facultado para cambiar los beneficiarios de la sustitución de la asignación de retiro regulados en el ordinal 3.7. del artículo 3.º de la Ley 923 de 2004.

Aclarado lo anterior y en consideración a la convivencia sucesiva, se trae a colación la sentencia de esta Corporación de fecha 12 de febrero de 2015,¹⁸ mediante la cual decidió el medio de control de nulidad contra el inciso 3.º del

¹⁵ CSJ SL, sentencia del 29 nov. 2008, rad. 32393, rad. 40055 “[...]Para la Corte no tendría ningún sentido y, por el contrario, sería carente de toda lógica, que al tiempo que el legislador consagra un derecho para quien “mantiene vigente la unión conyugal pero hay una separación de hecho”, se le exigiera a esa misma persona la convivencia en los últimos cinco (5) años de vida del causante; porque es apenas obvio que, cuando se alude a la separación de hecho, sin lugar a hesitación se parte del supuesto de que no hay convivencia, ya que en eso consiste la separación de hecho: en la ruptura de la convivencia, de la vida en común entre los cónyuges. --- Sin embargo, debe la Corte precisar que, siendo la convivencia el fundamento esencial del derecho a la prestación, el cónyuge separado de **hecho debe demostrar que hizo vida en común con el causante por lo menos durante cinco (5) años, en cualquier tiempo**, pues de no entenderse así la norma, se restaría importancia al cimiento del derecho que, se insiste, es la comunidad de vida [...]”. Interpretación reiterada en CSJ SL 24 ene. 2012, rad. 41637 y CSJ SL, 13 de mar. 2012, rad. 45038. Negritas fuera de texto

¹⁶ Indicó esta sentencia que “[...] Las disputas que puedan presentarse entre el cónyuge y el compañero o la compañera permanente superviviente en torno al derecho a la sustitución pensional pueden ocurrir, o bien porque este convivió simultáneamente con su cónyuge y su compañera o compañero permanente, o bien porque, al momento de su muerte, tenía un compañero permanente y una sociedad conyugal anterior que no fue disuelta, o un compañero o compañera permanente y una unión conyugal vigente, con separación de hecho. **En este último evento, no hace falta que el cónyuge superviviente demuestre que convivió con el causante durante los últimos cinco años de su vida, sino, solamente, que convivió con él o ella más de cinco años en cualquier tiempo**[...]”. Negritas fuera de texto

¹⁷ Consejo De Estado, Sala De Lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda - Subsección “A”, Consejero Ponente: Jorge Octavio Ramírez Ramírez (E), veintitrés (23) de septiembre de dos mil quince (2015)., Radicación N°: 250002325000200800580 01, Número Interno: 3789-2013, Actor: Ana Márquez De Riaño., Demandada: Fondo De Prestaciones Económicas, Cesantías y Pensiones (Foncep) y Ana Mercedes Carrascal Flórez. “[...] En este orden de ideas, es diáfano que al estar probado que la demandante, como cónyuge separada de hecho pero cuya unión no fue disuelta, convivió en cualquier tiempo con el causante más de 5 años, daba lugar a aplicar la segunda parte del inciso 3º del literal b del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, [...]. Razón suficiente para confirmar en este aspecto la decisión apelada, y desestimar el propósito de la recurrente para que se variasen los porcentajes [...] conforme el marco legal y jurisprudencial anotado en precedente acápite, la señora Ana Márquez, en su condición de cónyuge separada de hecho pero con dicha unión vigente, para acceder a dicho reconocimiento **no tenía que probar convivencia con el causante durante los últimos cinco años anteriores a su muerte**, como lo dijo la demandada para negarle el derecho. [...]” Negritas fuera de texto

¹⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Consejero Ponente: Gerardo Arenas Monsalve, providencia del 12 de febrero de 2015, expediente: 11001-03-25-000-2010-00236-00(1974-10), demandante: Fernando Antonio Chacón Lebrun, Demandado: Gobierno Nacional. “[...] Procede la Sala a dictar sentencia en la acción pública de simple nulidad ejercida por el señor Fernando Antonio Chacón Lebrun contra el inciso 3 del literal b) del parágrafo 2 del artículo 11 del Decreto 4433 de 2004 “por medio del cual se fija el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública.”, proferido por el Presidente de la República, el Ministro de Hacienda y Crédito Público, y el Ministro de Defensa Nacional.[...]”

literal b) del párrafo 2.º del artículo 11 del Decreto 4433 de 2004, providencia que precisó lo siguiente:

“[...] En este orden de ideas, considera la Sala que igualmente la segunda parte del inciso 3 del literal b) del párrafo 2 del artículo 11 del Decreto 4433 de 2004, no prevé un trato discriminatorio injustificado para la compañera permanente, pues la Corte Constitucional al analizar una norma de idéntico contenido material en la Ley 100 de 1993, definió que el otorgamiento de una cuota parte de la mesada pensional para la cónyuge separada de hecho, obedece a los efectos de la sociedad conyugal vigente, de modo que en este caso, no es necesario acreditar la convivencia al momento de la muerte del causante. [...]»

Lo anterior, para indicar que pese a que la cónyuge tenía más de 5 años de separación de hecho, no perdió su condición de beneficiaria de la sustitución pensional, dado que no fue disuelta la sociedad conyugal, es decir, existió un vínculo jurídico que solo fue disuelto con la muerte del señor Numael Amortegui, a tal punto que la señora Ana María Silva recibía una cuota alimentaria del citado señor hasta la fecha de su fallecimiento, es decir, dependía económicamente de su cónyuge,¹⁹ lo que no fue objeto de controversia.

7.2.8. En conclusión

Acreditado como se encuentra en el proceso la existencia de una sociedad conyugal no disuelta entre el causante y la señora Ana María Silva y la convivencia del señor Amortegui con la señora María Teresa Vargas, por un tiempo superior a los 5 años anteriores a su fallecimiento, la Subsección considera que la sustitución de la asignación mensual de retiro que devengaba el señor Numael Amortegui, debe ser reconocida y pagada a su cónyuge y a su compañera permanente, de manera proporcional al tiempo convivido con el causante.

Lo anterior, no solo en cumplimiento del mandato legal referido, sino bajo un criterio de justicia y equidad, en virtud de que la finalidad de la sustitución pensional es la de evitar que las personas que forman parte de la familia y que dependen patrimonialmente del causante puedan quedar sumergidas en el desamparo y abandono económico.

7.2.9. Del reconocimiento de la sustitución de la asignación de retiro

De las pruebas ya descritas, tenemos que la señora Ana María Silva convivió con el señor Numael Amortegui desde el año 1944 al año 1986, es decir, por un tiempo total de 42 años; así mismo, se demostró que la señora María Teresa Vargas convivió con el señor Numael Amortegui desde el año 1987 al 2009, es decir, por un lapso de 22 años; lo cual es relevante para determinar el porcentaje

¹⁹ Al respecto ver sentencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, consejero ponente: Bertha Lucia Ramírez de Páez, de fecha 3 de mayo de 2012, radicación número: 25000-23-25-000-2008-00877-01(1676-11), demandante: Camila del Carmen Jiménez De Sanclemente, demandado: Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional.

proporcional que le corresponde a cada una, basados en el tiempo convivido con el causante.

Conforme a lo anterior, el tiempo total de convivencia fue de 64 años, de los cuales el 66% (42 años) fueron con la cónyuge y el 34% (22 años) con la compañera permanente. En razón de lo anterior y como consecuencia del derecho a que tienen derecho éstas, se dispondrá lo siguiente:

7.2.9.1. Señora Ana María Silva, en su calidad de cónyuge supérstite:

La Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional, deberá reconocer a la señora Ana María Silva, el 66% de la asignación mensual de retiro que devengaba el extinto Numael Amortegui, desde el 17 de enero de 2009 (fecha de la muerte del señor Amortegui) hasta el 19 de julio de 2015, fecha en la cual según consta en el expediente, falleció la mencionada señora Silva (folio 320), en su calidad de beneficiaria de la pensión.

Es de advertir, que el derecho a la sustitución pensional de la señora Ana María Silva no se transfiere, porque se trata de un derecho que se extingue con el hecho de su muerte; no obstante, las mesadas pensionales causadas a su favor, pasan a formar parte de la respectiva masa herencial.²⁰

7.2.9.2. Señora María Teresa Vargas, en su calidad de compañera permanente:

La Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional, deberá reconocer el 34% de la asignación mensual de retiro que devengaba el extinto Numael Amortegui, a partir del 17 de enero de 2009 (fecha de la muerte del señor Amortegui) hasta el 19 de julio de 2015 (fecha de la muerte de la señora Ana María Silva).

Ahora bien, con la muerte de la señora Ana María Silva, se extinguió el derecho a la sustitución de la asignación de retiro, aquí reconocida, por lo tanto, habría lugar al acrecimiento de la pensión, no obstante, este hecho no fue contemplado por el Decreto 4433 de 2004, es decir, el acrecimiento de la sustitución pensional entre la cónyuge y la compañera permanente.

Pese a lo anterior, en virtud del principio de favorabilidad y bajo un criterio de justicia y equidad, es procedente aplicar la norma general, que para el caso concreto es el parágrafo 1.º del artículo 8.º del Decreto 1889 de 1994, tal como ya lo determinó esta corporación en un caso similar.²¹ La norma en cita regula lo siguiente:

«[...] Cuando expire o se pierda el derecho de alguno de los beneficiarios del orden indicado en los numerales anteriores, la parte de su pensión

²⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "B", Consejero Ponente: Gerardo Arenas Monsalve, providencia del 30 de julio de 2009, expediente: 68001-23-15-000-2001-02594-01(0638-08), demandante: Herminda Flórez Jaimes, demandado: Ministerio de Defensa – Policía Nacional y otro.

²¹ Radicado 68001-23-15-000-2001-02594-01(0638-08), citado en pie de página anterior.

acrecerá la porción de los beneficiarios del mismo orden. [...]»

De acuerdo con lo anterior, a partir del 19 de julio de 2015, la parte de la pensión reconocida inicialmente a la cónyuge, acrecerá la porción de la compañera permanente, correspondiéndole el 100% de lo que devengaba el causante por concepto de asignación mensual de retiro.

7.2.10. Prescripción de los derechos

Para la prescripción de las mesadas pensionales, se debe tener en cuenta que si bien el derecho de la sustitución pensional se causó en vigencia del Decreto 4433 de 2004, no se puede aplicar el artículo 43 del mismo, toda vez que el presidente de la república excedió las facultades otorgadas en la Ley 923 de 2004, pues allí no se hizo referencia alguna frente al cambio del término de prescripción,²² razón por la cual, se debe aplicar el artículo 113 del Decreto Ley 1213 de 1990, que señala:

«[...] Los derechos consagrados en este Estatuto, prescriben en cuatro (4) años que se contarán desde la fecha en que se hicieren exigibles.

El reclamo escrito recibido por la autoridad competente sobre un derecho o prestación determinada interrumpe la prescripción pero sólo por un lapso igual. El derecho al pago de los valores reconocidos prescribe en dos (2) años contados a partir de la ejecutoria del respectivo acto administrativo y pasaría a la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional. [...]»

Ahora bien, en el plenario se encuentra probado lo siguiente:

- La sustitución de la asignación de retiro se hizo exigible el 17 de enero de 2009 (fecha en la que falleció el agente ® Numael Amortegui)
- El 22 de enero de 2009 la señora Ana María Silva presentó escrito a Casur, mediante el cual solicitó la sustitución de la asignación de retiro. Lo propio hizo la señora María Teresa Vargas, el 26 de febrero de 2009. Todo ello, según se desprende de la Resolución 003448 del 3 de agosto de 2009 – folio 82-.
- Las anteriores solicitudes fueron denegadas mediante la Resolución 00344 del 3 de agosto de 2009 (folios 82 a 85).
- La anterior resolución fue notificada personalmente al apoderado de la señora Vargas, el día 10 de agosto de 2009 – folio. 98 -, y por edicto fijado entre el 20 de agosto y el 2 de septiembre de 2009, a la señora Ana María Silva – folios 99 y 100-.
- La señora María Teresa Vargas presentó recurso de reposición contra la Resolución 003448 de 2009 el 3 de agosto de 2009 (folios 101 a 104)
- El recurso de reposición fue denegado mediante la Resolución 004429 del 23 de septiembre de 2009, notificada el 22 de octubre de 2009 (folios 107 a

²² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, consejero ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, sentencia de 4 de septiembre de 2008, radicación número: 25000-23-25-000-2007-00107-01(0628-08), demandante: Carlos Humberto Ronderos Izquierdo, demandado: Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional.

110).

- El 13 de enero de 2012 la señora María Teresa Vargas presentó la solicitud de conciliación extrajudicial ante la Procuraduría General de la Nación (folio 4)
- El 21 de marzo de 2012 la Procuradora Quinta Judicial II Administrativa emitió la respectiva constancia de no conciliación (folio 4)
- La demanda fue presentada por la señora María Teresa Vargas el 6 de marzo de 2013 (folio 40).
- La señora Ana María Silva presentó contestación de la demanda el 16 de septiembre de 2013 (folios 164 a 188) donde se opuso a las pretensiones incoadas por la señora María Teresa Vargas y solicitó el reconocimiento y pago de la sustitución pensional.

Con base en lo anterior, tenemos que a la señora María Teresa Vargas no le operó el fenómeno de prescripción, pues el acto administrativo denegatorio de sus pretensiones quedó en firme con la notificación de la Resolución 004429 de 2009 (22 de octubre de 2009), por medio de la cual le denegó el recurso de reposición interpuesto en contra de la Resolución 003448 de 2009; por lo tanto, como la demanda fue presentada el 6 de marzo de 2013, no habían transcurrido los 4 años a que hace referencia la norma transcrita.

Ahora bien, frente a la señora Ana María Silva, sí operó parcialmente la prescripción, pues los 4 años con que contaba para acudir ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo a reclamar el derecho en disputa, le fenecieron el 3 de septiembre de 2013, toda vez que el procedimiento administrativo le quedó agotado con la notificación de la Resolución 003448 de 2009 (por edicto fijado hasta el 2 de septiembre de 2009), debido a que no presentó recursos contra el mismo y la solicitud del reconocimiento y pago de la sustitución pensional en sede judicial fue el 16 de septiembre de 2013.

Por lo anterior, se declarará no probada la excepción de prescripción de las mesadas causadas para la señora María Teresa Vargas; y se declarará parcialmente probada la excepción de prescripción frente a las pretensiones de la señora Ana María Silva, en consecuencia Casur le deberá pagar las mesadas causadas a partir del 16 de septiembre de 2009.

7.2.11. Indexación

Las sumas que resulten a favor de la demandante y la tercera interviniente se actualizarán en la forma como se indica en esta providencia y se aplicará para ello la siguiente fórmula:

$$R = R_h \times \frac{\text{Índice final}}{\text{Índice inicial}}$$

En la que el valor presente (R) se determina al multiplicar el valor histórico (R.H.), que es lo dejado de percibir por la demandante y por la tercera interviniente, por

concepto de mesada pensional con inclusión de los reajustes de ley, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE, vigente en la fecha de ejecutoria de esta providencia, por el índice vigente en la fecha en que se causaron las sumas adeudadas.

Es claro que por tratarse de pagos de tracto sucesivo la fórmula se aplicará separadamente, mes por mes para cada mesada pensional, y se debe tener en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada uno de ellos.

7.3. Decisión de segunda instancia

Por las razones que anteceden, la Subsección revocará la sentencia de primera instancia que denegó las pretensiones de la demanda presentada por la señora María Teresa Vagas Rincón y las pretensiones presentadas por la señora Ana María Silva de Amortegui, en calidad de *litis consorte* necesaria.

En su lugar se declarará la nulidad de los actos administrativos demandados y a título de restablecimiento del derecho se ordenará el reconocimiento y pago de la sustitución de la asignación mensual de retiro que devengaba el extinto Agente ® Numael Amortegui, distribuida en 66% para la cónyuge, señora Ana María Silva, y el 34% para la compañera permanente, señora María Teresa Vargas, en la forma y en los tiempos señalados en el acápite que antecede.

7.4. De la condena en costas

De conformidad con lo señalado en recientes providencias de esta Subsección²³ en el presente caso se impondrá condena en costas en ambas instancias a cargo de la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional, pues resulta vencida en el proceso de la referencia, conforme el ordinal 4.º del artículo 365 del Código General del Proceso que señala «[...] Cuando la sentencia de segunda instancia revoque totalmente la del inferior, la parte vencida será condenada a pagar las costas de ambas instancias [...]», las cuales se liquidarán por el *a quo*.

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

8. FALLA

²³ Al respecto ver sentencias de 7 de abril de 2016, proferidas por la Subsección “A” de la Sección Segunda, C.P. William Hernández Gómez, Expedientes: 4492-2013, demandante: María del Rosario Mendoza Parra y 1291-2014, demandante: José Francisco Guerrero Bardi.

Primero: Revocar la sentencia proferida el 29 de noviembre de 2013 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Segunda – Subsección C, que denegó las pretensiones de la demanda presentada.

Segundo: Declarar la nulidad de las Resoluciones 003448 del 3 de agosto de 2009 y 004429 del 23 de septiembre de 2009, por medio de las cuales la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional denegó la sustitución pensión de la asignación de retiro a las señoras María Teresa Vargas y Ana María Silva.

Tercero: Declarar no probada la excepción de prescripción de las mesadas causadas a favor de la señora María Teresa Vargas; por lo considerado en esta providencia.

Cuarto: Declarar de oficio la prescripción parcial de las mesadas causadas con anterioridad al 16 de septiembre de 2009, para la señora Ana María Silva, por lo considerado en esta providencia.

Quinto: Ordenar a la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional, reconocer y pagar la sustitución pensional de la asignación de retiro que percibió el extinto agente ® Numael Amortegui, en cuantía del 66%, a favor de la señora Ana María Silva, a partir del 17 de enero de 2009, pero con efectos fiscales a partir del 16 de septiembre de 2009 y hasta el 19 de julio de 2015, fecha de su fallecimiento. En razón de este hecho, las mesadas pensionales causadas, pasan a formar parte de la respectiva masa herencial.

Sexto: Ordenar a la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional, reconocer y pagar la sustitución pensional de la asignación de retiro que percibió el extinto agente ® Numael Amortegui, en cuantía del 34%, a favor de la señora María Teresa Vargas, a partir del 17 de enero de 2009 hasta el 19 de julio de 2015, conforme a lo considerado en esta sentencia. A partir de dicha fecha, se le deberá reconocer y pagar la sustitución en cuantía del 100%, en razón de la muerte de la cónyuge del causante.

Séptimo: Ordenar a la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional a actualizar las sumas que resulten a favor de las señoras Ana María Silva y María Teresa Vargas, con base en la fórmula que se indica en esta providencia.

Octavo: Condenar en costas en ambas instancias a la parte demandada y a favor de la parte demandante María Teresa Vargas, las cuales se liquidarán por el *a quo*.

Noveno: Denegar las demás pretensiones presentadas por la demandante María Teresa Vargas y por la tercera interviniente Ana María Silva.

Décimo: La entidad demandada dará cumplimiento a esta sentencia en los términos del artículo 192 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Décimo primero: Efectuar las anotaciones correspondientes en el programa “Justicia Siglo XXI” y, ejecutoriada esta providencia devolver el expediente al Tribunal de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Subsección en la sesión de la fecha.

WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ

RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS

GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ

DMG/HOM