

DERECHO A LA IGUALDAD Y A LA NO DISCRIMINACIÓN / RECONOCIMIENTO COMPARTIDO DE PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES ENTRE COMPAÑERA PERMANENTE CON CONVIVENCIA CON EL CAUSANTE Y COMPAÑERA PERMANENTE SIN CONVIVENCIA

De acuerdo con los elementos materiales probatorios analizados por la Sala, no está debidamente acreditado y probado que el [causante] haya convivido simultáneamente en sus últimos años de vida con la. A juicio de la Sala más que una convivencia simultánea, en el presente caso hay indicios de visitas esporádicas a la vivienda de la [demandante], de asistencias ocasionales a reuniones sociales y del emprendimiento conjunto de labores comerciales entre el fallecido y la [demandante] como fuente de recursos para su sostenimiento y de los hijos que ambos procrearon, situación que da cuenta también de una relación de apoyo, solidaridad y ayuda mutua. De hecho, recientemente la Corte Suprema de Justicia explicó que la convivencia entre los esposos o compañeros permanentes, para efectos de acceder a la pensión de sobrevivientes, debe ser examinada y determinada según las particularidades relevantes de cada caso concreto. Para la Corte, pueden existir eventos en que los cónyuges o compañeros no puedan estar permanentemente juntos bajo el mismo techo, en razón de circunstancias especiales como salud, trabajo, fuerza mayor o similares. Por ello, lo anterior no conduce de manera forzosa a que desaparezca la comunidad de vida de la pareja, si claramente se mantienen vigentes los lazos afectivos, sentimentales, de apoyo, solidaridad, acompañamiento espiritual y ayuda mutua. Destaca también la citada que los aspectos antes indicados son rasgos esenciales y distintivos de la convivencia entre una pareja y que supera su concepción meramente formal relativa a la cohabitación en el mismo techo. También estableció que la intencionalidad de la convivencia como pareja a pesar de la distancia y la convicción de ambos de mantener vigente su unión marital es lo que determina una real convivencia que, eventualmente, dé viabilidad al reconocimiento de este derecho pensional. Lo que sí es claro para esta Corporación es que el difunto (...) reconocía a la [demandante] como su compañera permanente y la casa en la que ella vivía con sus hijos, como su lugar de residencia. Con todo y como se dijo, aunque con las pruebas recaudadas no es posible establecer convivencias simultáneas, para la Sala es claro que de los testimonios recogidos se colige que la [demandante] dependía para su sustento del causante (...) y, que el occiso tenía un claro compromiso patrimonial con el sustento económico de la cinco hijos da cuenta de que hubo entre ellos un vínculo sui generis que permaneció en el tiempo y no una relación casual o efímera de la que se pretenda obtener simplemente un beneficio económico por el hecho de la sustitución pensional. (...) Aunque la [demandante] no haya logrado acreditar su convivencia simultánea con el causante, en el presente caso el incumplimiento de dicho requisito legal no desprotege ni pone en peligro los derechos de la [otra compañera permanente] dado que para ella era bien sabido y aceptado que su compañero permanente asistía económicamente a la [demandante]pues el causante en vida así lo quiso y determinó que eso era lo que correspondía porque al margen de la convivencia, los distintos testimonios y las pruebas documentales si dan cuenta de la existencia de dependencia económica, lazos afectivos, sentimentales, de apoyo, solidaridad, acompañamiento espiritual y ayuda mutua entre ellos.

FUENTE FORMAL: LEY 100 DE 1993 – ARTÍCULO 279 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA - ARTÍCULO 13 / LEY 33 DE 1973 / LEY 12 DE 1975 / LEY 44 DE 1980 / LEY 113 DE 1985 / LEY 12 DE 1975 / LEY 71 DE 1988 / DECRETO 1160 DE 1989 / LEY 1204 DE 2008

NOTA DE RELATORÍA: Sobre la comunidad de vida entre cónyuges o compañeros permanentes aunque no vivan sobre el mismo techo, ver: Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, Sentencia de 10 de mayo de 2017, rad 65192017 (57055), M.P. Rigoberto Echeverri Bueno. Sobre la valoración de los factores a considerar cuando se presenta conflicto de titulares en la sustitución pensional, ver: Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 15 de abril de 2015, Radicado No. 73001-23-31-000-2011-00161-01(4488-13). C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez. Sobre el carácter maleable del concepto de familia, Corte Constitucional, sentencia C-577 de 2011

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

SUBSECCION B

Consejera ponente: SANDRA LISSET IBARRA VELEZ

Bogotá, D.C., once (11) de abril de dos mil dieciocho (2018).

Radicación número: 25000-23-42-000-2012-01702-01(1646-17)

Actor: EUFEMIA LARA PALENCIA

Demandado: MINISTERIO DE EDUCACION - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO

Referencia: SUSTITUCIÓN PENSIONAL. PENSIÓN DE INVALIDEZ.

I. ASUNTO

1. La Sala decide¹ el recurso de apelación interpuesto por la tercera interesada Ad Excludendum, Sra. Ana Tulia Muñoz, contra la sentencia de 01 de septiembre de 2016, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección “D” que accedió a las pretensiones de la demanda encaminadas a la declaratoria de nulidad parcial del acto administrativo que sustituyó la pensión de invalidez del fallecido Nicolás Odilio Palacios Hinestrosa (q.e.p.d) a sus hijos y a su vez dejó en suspenso el 50% que le pudiera corresponder a la señora Ana Tulia Muñoz; la nulidad del acto administrativo que dejó en suspenso el 50% que

¹ El proceso ingresó a Despacho el 6 de octubre 2017, folio 393.

le pudiere corresponder a la señora Eufemia Lara Palencia y el restablecimiento del derecho de la demandante y la tercera interesada.

II. ANTECEDENTES

2.1 Hechos Relevantes²

3. Para una mejor comprensión del asunto, la Sala resumirá de la siguiente manera la situación fáctica de la demanda:
4. Señaló la demandante que luego del fallecimiento del señor Nicolás Odilio Palacios Hineirosa (q.e.p.d) la señora Ana Tulia Muñoz, en su condición de compañera permanente, a través de petición del 1° de diciembre de 2010, solicitó la sustitución de la pensión de invalidez del De Cujus, solicitud que fue resuelta mediante Resolución No. 2579 de 31 de mayo de 2011, proferida por el Director de Talento Humano de la Secretaría de Educación de Bogotá, en la cual sustituyó el 50% de la prestación a favor de los hijos que procreó el pensionado con las señoras Ana Tulia Muñoz y Eufemia Lara Palencia; y de otro lado, dejó en suspenso el 50% que le pudiere corresponder a la señora Muñoz, hasta tanto acreditara su condición de compañera permanente del causante del derecho pensional.
5. Afirmó que un año y ocho días después, el 8 de junio de 2012 y ante la misma entidad, la señora Eufemia Lara Palencia solicitó la sustitución de la referida pensión, frente a lo cual, mediante resolución No. 5074 de 17 de agosto de 2012, el Director de Talento Humano de la Secretaría de Educación de Bogotá dispuso dejar en suspenso el 50% que le pudiere corresponder a la señora Lara Palencia, hasta tanto la Jurisdicción Contencioso Administrativa determinara la titularidad del derecho prestacional pretendido.

2.2 Pretensiones³.

² Folios 299 y 300.

³ Folio 298.

De la parte demandante

6. Que se declare la nulidad parcial de la Resolución 2579 de 31 de mayo de 2011, expedida por la Secretaría de Educación de Bogotá, a nombre de la Nación-Ministerio de Educación- Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio (Fonpremag), en cuanto dejó en suspenso, el reconocimiento y pago de la sustitución de pensión mensual vitalicia de invalidez, a partir del 22 de agosto de 2010, con ocasión del fallecimiento del señor Nicolás Odilio Palacios Hinestroza (q.e.p.d).
7. Que se declare la nulidad parcial de la Resolución 5074 de 17 de agosto de 2012, expedida por la Secretaría de Educación de Bogotá, a nombre de la Nación- Ministerio de Educación Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio (Fonpremag), en cuanto ratificó dicha suspensión y en su decir, desconoció el derecho de la señora Eufemia Lara Palencia, como compañera permanente.
8. A título de restablecimiento del derecho, que se declare que la señora Eufemia Lara Palencia, en calidad de compañera permanente superviviente, tiene derecho a que la Nación- Ministerio de Educación le reconozca y pague a través del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, la sustitución de la pensión de invalidez, con ocasión del fallecimiento de su compañero permanente. Bajo este mismo título solicitó condenar al demandado a pagar el valor de las mesadas pensionales y adicionales, con los correspondientes reajustes de ley, desde el 22 de agosto de 2010, así como los ajustes de valor, conforme al índice de precios al consumidor, o al por mayor, como lo autoriza el artículo 187 del C.P.A.C.A, los intereses moratorios de que trata el artículo 192 del citado código y el artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

De la tercera interesada- Ana Tulia Muñoz

9. Que se declare la nulidad parcial de la Resolución 2579 de 31 de mayo de 2011, expedida por la Secretaría de Educación de Bogotá, a nombre de la Nación-Ministerio de Educación-Fondo Nacional de Prestaciones del

Magisterio (Fonpremag), en lo atinente a dejar en suspenso el 50% de la pensión de invalidez que se sustituye.

10. Que se declare la nulidad de la Resolución 5074 de 17 de agosto de 2012, expedida por la Secretaría de Educación de Bogotá, a nombre de la Nación- Ministerio de Educación-Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio (Fonpremag), por la cual se deja en suspenso la sustitución de una pensión de invalidez.
11. Que se declare que la señora Ana Tulia Muñoz tiene derecho exclusivo a sustituir la pensión de invalidez del señor Nicolás Odilio Palacios Hinestrosa (q.e.p.d), por cuanto fue ella quien hizo vida en comunidad permanente y singular e ininterrumpida en calidad de compañera permanente, compartiendo techo, lecho y mesa, cuidándolo y asistiéndolo desde el 7 de julio de 1979 y hasta el 22 de agosto de 2010, fecha del fallecimiento.
12. Solicita que se condene a la Nación-Ministerio de Educación Nacional-Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio de Bogotá, D.C., a:
(i) reconocer y pagar a favor de la señora Ana Tulia Muñoz, el 50% de la pensión de invalidez que en vida devengara el señor Nicolás Odilio Palacios Hinestrosa (q.e.p.d); (ii) pagar las mesadas atrasadas desde el momento de consolidación del derecho, hasta la inclusión en nómina; (iii) reajustar mes por mes cada diferencia pensional que resulte a favor de la señora Ana Tulia Muñoz tomando como base el Índice de Precios al Consumidor conforme al artículo 187 del C.P.A.C.A.
13. Finalmente, solicita que se condene a la demandada a: (i) el pago de intereses moratorios a partir de la ejecutoria de la sentencia hasta que se cumpla en su totalidad la condena conforme al artículo 192 del C.P.A.C.A.; (ii) al reconocimiento y pago de costas y agencias en derecho de conformidad con el artículo 188 del C.P.A.C.A.

2.3 Sentencia de Primera Instancia⁴

14. El *A Quo* resolvió declarar la nulidad parcial de la Resolución No. 2579 de

⁴ Folios 298 a 325.

31 de mayo de 2011⁵ que sustituyó la pensión de invalidez del causante a sus hijos y a su vez dejó en suspenso el 50% que le pudiera corresponder a la señora Ana Tulia Muñoz; la nulidad de la Resolución No. 5074 de 17 de agosto de 2012⁶ que dejó en suspenso el 50% que le pudiere corresponder a la señora Eufemia Lara Palencia. A título de restablecimiento del derecho de la demandante y la tercera interesada, ordenó a la Nación-Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, reconocer la sustitución de la pensión de invalidez a favor de las señoras Ana Tulia Muñoz y Eufemia Lara Palencia, ambas en condición de compañeras permanentes, en un veinticinco por ciento (25%) para cada una de ellas.

15.El Tribunal concluyó que el señor Nicolás Odilio Palacios Hinestroza (q.e.p.d) tuvo siempre como sus compañeras permanentes, en forma simultánea y coexistente, a las señoras Eufemia Lara Palencia y Ana Tulia Muñoz, con quienes sostuvo relaciones afectivas y de socorro mutuo, basadas en el cariño, la compañía y la dependencia económica. Manifestó que, por tratarse de un caso de convivencia simultánea, era necesario aplicar los criterios de justicia e igualdad que el Honorable Consejo de Estado⁷ ha utilizado en asuntos similares al presente y según los cuales, en el presente caso le llevan a ordenar que la pensión de sobrevivientes se le reconozca en un porcentaje del 25% para la señora Ana Tulia Muñoz y el otro 25% a la señora Eufemia Lara Palencia. Finalmente se abstuvo de condenar en costas.

2.4 Recurso de apelación⁸.

16.La señora Ana Tulia Muñoz, vinculada al proceso en calidad de Tercera Interesada *Ad Excludendum*, por intermedio de su apoderado presentó recurso de apelación⁹ contra la sentencia ya referida argumentando que el juez de primera instancia hizo una errónea disección al no hacer énfasis en la convivencia real y efectiva que según ella se encuentra probada en el

⁵ Proferida por la Secretaría de Educación de Bogotá en nombre del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

⁶ Ibidem

⁷ Sección Segunda, Subsección B, C.P. Dr. Gerardo Arenas Monsalve, Sentencia de 30 de julio de 2009, Radicación No.: 68001-23-15-000-2001-02594-01 (0638-08).

⁸ Folios 332 a 337.

⁹ De la lectura del recurso de apelación se infiere que la recurrente pretende que se le reconozca el 50% de la pensión de sobrevivencia.

expediente.

17. Manifestó que la norma aplicable al presente caso es el artículo 47 de la ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la ley 797 de 2003, en especial el acápite que establece que el cónyuge o compañero(a) permanente deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y haya convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte.
18. Para la apelante, la señora Eufemia Lara no logró demostrar de manera contundente dos relaciones paralelas sino exclusivamente la existencia de una dependencia económica con la señora Lara, hecho que es distinto del vínculo de compañeros permanentes que en su sentir si existió entre ella y el señor Palacios Hinestroza (q.e.p.d.), incluso desde 15 años atrás de la fecha de su fallecimiento.

2.5 Alegatos de segunda instancia y concepto del Ministerio Público.-

19. La parte demandante guardó silencio mientras que la Tercera Interesada manifestó:
20. Que las afirmaciones de la señora Eufemia Lara Palencia según las cuales el señor Palacios Hinestroza (q.e.p.d) conformó con ella una familia en unión marital de hecho desde el 7 de julio de 1979 hasta el 22 de agosto de 2010, sin separarse parcial o definitivamente y compartiendo techo, lecho y mesa no se enmarcan dentro de un plano de la realidad y de verdad. Reiteró que durante los quince años previos a la muerte del causante fue únicamente ella quien hizo las veces de compañera permanente, compartió techo, lecho y mesa, es la persona que siempre lo acompañó, lo asistió, lo cuidó y se preocupó 100% hasta los últimos días de su vida.
21. Reprochó las declaraciones de los testigos presentados por la parte demandante por mostrar un actuar irregular y ajeno a la verdad en lo que tiene que ver con los últimos cinco años de vida del docente y afirmó que sus expresiones verbales datan de tiempo atrás y en el desarrollo de ellas entran en impresiones (sic) y contradicciones.

- 22.Indicó que en el trámite administrativo de sustitución pensional la señora Eufemia Lara Palencia siempre fungió en condición de representante del menor Edwin David Palacios Lara pero que, solo fue hasta el momento en que aquella tuvo conocimiento de que la condición de compañera permanente de Ana Tulia Muñoz se discutía, cuando decidió presentar otra reclamación aduciendo su calidad de compañera permanente.
- 23.Ofreció también una síntesis de los hechos posteriores a la muerte del causante y una relación de los elementos probatorios que en su sentir demuestran que durante los últimos cinco años de su vida el señor Nicolas Odilio Palacios Hinestroza (q.e.p.d) convivió de manera permanente e ininterrumpida, compartiendo techo, lecho y mesa con la señora Ana Tulia Muñoz.
- 24.El delegado del Ministerio Público guardó silencio.
- 25.Agotada como se encuentra la instancia, sin observar causales de nulidad que invaliden lo actuado, la Sala procede a resolver el asunto, para lo cual se tiene en cuenta las siguientes,

III. CONSIDERACIONES

3.1 Problema jurídico:

- 26.Considerando los cargos desarrollados en el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de primera instancia, la Sala deberá determinar, sí ¿está debidamente probado en el expediente que hubo convivencia simultanea del causante señor Nicolás Odilio Palacios Hinestroza (q.e.p.d) con las señoras Eufemia Lara Palencia y la señora Ana Tulia Muñoz o si ésta última fue la única que ostentó la calidad de compañera permanente del difunto y además sí dicha condición debe tenerse como único criterio para reconocerle en exclusiva la sustitución pensional de la pensión de invalidez otorgada por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio?.

3.2 Naturaleza jurídica de la pensión de sobrevivientes

27. La muerte constituye una contingencia prevista en el sistema de seguridad social, en cuanto a que la ausencia definitiva de la persona que atendía el sostenimiento del grupo familiar, dejaría en situación de desamparo a sus integrantes.

28. Con la finalidad de atender dicha contingencia derivada de la muerte, el legislador ha previsto la pensión de sobrevivientes cuya finalidad, no es otra que suplir la ausencia repentina del apoyo económico que brindaba el 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.

29. El Consejo de Estado se refirió a la institución jurídica de la sustitución pensional así:

*"...en el sistema jurídico colombiano de la sustitución pensional, rige el postulado de la igualdad entre cónyuges y compañeros o compañeras permanentes. Nuestra ley en esta materia acogió un criterio material referido a la convivencia de la pareja al momento de la muerte **y no tanto** al del vínculo matrimonial para indicar quién tiene derecho a gozar de la pensión en caso de muerte del titular"¹⁰. (Subrayas de la Sala).*

30. La Corte Constitucional por su parte ha establecido dos importantes subreglas en materia de pensión de sobrevivientes, por un lado, que:

"el propósito perseguido por la Ley al establecer la pensión de sobrevivientes, es la de ofrecer un marco de protección a los familiares del afiliado o del pensionado que fallece, frente a las contingencias económicas derivadas de su muerte. Concretamente, la pensión busca 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. Desde esta perspectiva, ha dicho la Corte, la sustitución pensional responde a la necesidad de mantener para su beneficiario, al menos el mismo grado de seguridad social y económica con que contaba en vida del pensionado fallecido, que al desconocerse puede significar, en no pocos casos, reducirlo a una evidente desprotección y posiblemente a la miseria"¹¹.

31. En segundo lugar y en lo que tiene que ver con los requisitos para el acceso

¹⁰ Sentencia del 24 de mayo de 1994 Expediente 6273

¹¹ Sentencia C-1176 de 2001. Expediente 3531. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra

a la pensión de sobrevivientes dijo que:

“El objetivo fundamental perseguido es el de proteger a la familia. En efecto, la circunstancia de que el cónyuge o compañero permanente del causante deban cumplir ciertos (sic) exigencias de índole personal y temporal para acceder a la pensión de sobrevivientes, constituye una garantía de legitimidad y justicia en el otorgamiento de dicha prestación que favorece a los demás miembros del grupo familiar. También busca favorecer económicamente a aquellos matrimonios y uniones permanentes de hecho que han demostrado un compromiso de vida real y con vocación de continuidad; pero también, que dicha disposición intenta amparar el patrimonio del pensionado, de posibles maniobras fraudulentas realizadas por personas que, con la falsa motivación de instituir una vida marital responsable y comprometida, sólo pretenden derivar un beneficio económico de la transmisión pensional.”¹²

3.3 Normas aplicables al caso en concreto

32. Para resolver el caso en particular, la Sala atenderá a la excepción de aplicación del Sistema Integral de Seguridad Social para los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio que está contenida en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993 y que mediante Sentencia C-461 de 1995 se refirió a la constitucionalidad condicionada del artículo 279 de la ley 100 de 1993 en el entendido de que el régimen pensional especial de los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio está acorde con la Carta Política en tanto su aplicación garantice un nivel de protección igual o superior al trabajador, en cambio, si se determina que de la aplicación del régimen especial deviene un tratamiento inequitativo y menos favorable para un grupo determinado de trabajadores y además el tratamiento no es razonable, se configuraría un trato discriminatorio en abierta contradicción con el artículo 13 de la Carta, en palabras de la Corte Constitucional.¹³

33. Por su parte ésta Sala ha tenido a bien aplicar la excepción en él contenida

¹² Ibidem

¹³ “(...) por las razones anteriores la Corte considera que el establecimiento de regímenes pensionales especiales, como aquellos señalados en el artículo 279 de la Ley 100, que garanticen en relación con el régimen pensional, un nivel de protección igual o superior, resultan conformes a la Constitución, como quiera que el tratamiento diferenciado lejos de ser discriminatorio, favorece a los trabajadores a los que cobija. Pero si se determina que al permitir la vigencia de regímenes especiales, se perpetúa un tratamiento inequitativo y menos favorable para un grupo determinado de trabajadores, frente al que se otorga a la generalidad del sector, y que el tratamiento dispar no es razonable, se configuraría un trato discriminatorio en abierta contradicción con el artículo 13 de la Carta (...)”

para los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y conforme a ello en los casos de sustitución pensional como el presente no se aplica el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, sino las siguientes leyes y decretos:

34. **Ley 33 de 1973 (artículo 1):** transforma en vitalicias las pensiones de la viudas de los docentes.¹⁴
35. **Ley 12 de 1975:** establece que el cónyuge supérstite o la compañera permanente y sus hijos menores o inválidos tendrán derecho a la pensión del cónyuge fallecido que no cumplió la edad cronológica para la prestación, pero cumplió con el tiempo de servicio para acceder a la prestación. En el mismo sentido establece que la cónyuge sobreviviente pierde el derecho cuando por su culpa no viviere unido al causante al momento del fallecimiento o haga vida marital, y los hijos por llegar a la mayoría de edad o cesar la incapacidad.
36. **Ley 44 de 1980:** establece el procedimiento de traspaso y pago oportuno de las sustituciones pensionales, fue modificada casi en su totalidad por la Ley 1204 de 2008.
37. **Ley 113 de 1985:** extiende la aplicación de la Ley 12 de 1975, aclara que por cónyuge supérstite debe entenderse el esposo o esposa de la persona fallecida, siempre y cuando se hallare vigente el vínculo matrimonial según la Ley Colombiana en la fecha de la muerte, amplía al compañero permanente de la mujer fallecida lo dicho en la Ley 12 de 1975.
38. **Ley 71 de 1988:** Extiende las previsiones 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 y a los padres o hermanos inválidos que dependan económicamente del pensionado.

¹⁴ Esta sección mediante providencia del 29 de enero de 2004 analizó el tránsito legislativo entre el Decreto Ley 224 de 1972 y la Ley 33 de 1973 y en un aparte aclaró "(...)6. Desde luego, que la ley 33 no mencionó a las pensiones docentes, ni al artículo 7º del Decreto ley 224 de 1972, pero a juicio de la Sala no hacía falta que los mencionara para entenderlo modificado en lo pertinente, porque los términos en que fue expedida es omnicompreensiva, tanto de las pensiones ordinarias como de las especiales y las de los sectores público, "sea este oficial o semioficial" y privado."

39. **Decreto 1160 de 1989**: el artículo 5 establece los casos en los que hay sustitución pensional, el artículo 6 extiende las previsiones sobre sustitución pensional, explica los eventos en los que se entiende que falta el cónyuge, determina los beneficiarios de la sustitución pensional y los requisitos que deben cumplir para acceder a la prestación. El artículo 7¹⁵ establece que el cónyuge sobreviviente no tiene derecho a la sustitución pensional cuando en el momento del deceso del causante no hubiere vida en común con él, salvo en 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 artículo 8 establece la distribución entre beneficiarios de la sustitución pensional. El artículo 12 y 13 establecen las condiciones en las que se admitirá la calidad de compañero permanente para efectos de la sustitución y la forma en la que deberá acreditarse tal calidad legalmente y el artículo 17 establece qué debe entenderse por “*dependencia económica*” para efectos de la sustitución pensional.

40. **Ley 1204 de 2008**: modifica la Ley 44 de 1980 que establece el procedimiento de traspaso y pago oportuno de las sustituciones pensionales e impone una sanción por su incumplimiento.

3.4 Análisis probatorio

41. Establece el artículo 12 del Decreto 1160 de 1989 que, para efectos de la sustitución pensional, se admitirá la calidad de compañero o compañera permanente a quien haya hecho vida marital con el causante durante el año inmediatamente anterior al fallecimiento de éste o en el lapso establecido en regímenes especiales y, la prueba de dicha calidad conforme al artículo 13 se acreditará con la inscripción efectuada por el causante en la respectiva entidad de previsión social o patronal. Igualmente se podrá establecer con dos (2) declaraciones de terceros rendidas ante cualquier

¹⁵ El Consejo de Estado mediante Sentencia del 8 de junio de 1993, Expediente No. 4583, Magistrada Ponente Dra. Clara Forero de Castro. Sección Segunda declaró nulo que el cónyuge supérstite no tenga derecho a la sustitución pensional cuando se haya disuelto la sociedad conyugal o exista separación legal y definitiva de cuerpos.

autoridad política o judicial del lugar.

42. Analiza la Sala las pruebas documentales y testimoniales aportadas y practicadas dentro del proceso. Obra en el expediente como prueba documental un certificado¹⁶ expedido por la Caja de Compensación Familiar Compensar en el que consta que el causante afilió como beneficiaria a la señora Eufemia Lara Palencia junto con tres de los hijos concebidos con ella y uno de los concebidos con la señora Ana Tulia Muñoz. Del certificado se aprecia que no es expedido por una entidad de previsión social¹⁷ sino por una entidad cuya finalidad está contenida en la Ley 789 de 2002 y principalmente consiste en administrar programas de subsidios en dinero o especie, salud, vivienda y recreación, entre otros. Además, no permite establecer la fecha exacta de afiliación de cada uno de los beneficiarios sino la fecha de afiliación a la mencionada Caja que fue el 1 de septiembre de 2005, así como la fecha en la que se expidió el certificado que fue el 3 de enero de 2012.

43. Como pruebas testimoniales, la Sala estudió los rendidos por la señora María Teresa Sierra Nieto¹⁸ quien manifestó haber sido la arrendadora de dos inmuebles en los que el causante actuó como arrendatario y que fueron ocupados uno por la señora Ana Tulia Muñoz y otro por la señora Eufemia Lara Palencia. También se expresó sobre la convivencia simultánea del causante con la demandante y la interviniente. Llama la atención que en el acta de declaración extraproceso del 23 de junio de 2011¹⁹, expedida por la Notaría 17 del Círculo de Bogotá, la señora María Teresa Sierra no hizo mención alguna a la señora Eufemia Lara Palencia, ni se expresó de ella como la compañera permanente. De hecho, en su momento declaró: “Siendo vecinos desde esa época y amigos puedo dar fe (sic) entre el señor Nicolás Palacios y su señora Ana Tulia Muñoz existió hasta los últimos días de vida del señor Nicolás una relación de colaboración, respeto y ayuda mutua. Además, manifiesto que durante la enfermedad del señor Nicolás Palacios su compañera permanente Ana Tulia Muñoz lo acompañó (sic), cuidó (sic) y brindó (sic) el socorro respectivo, atendiendo los

¹⁶ Visible a folio 17

¹⁷ El artículo 4 del decreto 2709 de 1994 establece que para efectos de la pensión de jubilación por aportes, se tendrá como entidad de previsión social a cualquiera de las cajas de previsión social, fondos de previsión, o las que hagan sus veces del orden nacional, departamental, intendencial, comisarial, municipal o distrital y al Instituto de los Seguros Sociales.

¹⁸ Testimonio solicitado por la demandante Eufemia Lara Palencia.

¹⁹ Visible a folios 37 y 56, anexos demanda reconvención.

requerimientos exigidos por los medicos (sic) hasta el día de su fallecimiento”.

44. Si bien pareciera que existiese una contradicción entre lo dicho por la señora Sierra Nieto en la mencionada acta de declaración extraproceso y el testimonio rendido en la audiencia de pruebas ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca²⁰, en especial en lo que tiene que ver con la convivencia simultánea, la misma no se excluirá pues, sobre los contratos de arrendamiento obra en el expediente uno de ellos²¹ y la existencia del segundo fue confirmado por la propia Ana Tulia quien aseveró que el causante y hasta ella cancelaban los arriendos²² de Eufemia.
45. Del testimonio del señor Jemin Leonardo Corredor Romero, la Sala encuentra que su relación con el causante y con la señora Eufemia Lara fue exclusivamente comercial e incluso el testigo manifestó que escasamente tuvo conocimiento de un episodio de la vida familiar, con lo cual su relación fue circunstancial, no puede dar cuenta de las convivencias que se discuten en el presente proceso y menos de la época y el tiempo por el cual estas presuntamente ocurrieron.
46. Tampoco tendrá en cuenta la Sala el testimonio del señor Wilbor Mosquera por cuanto es claro que su relación con el causante en los últimos años se limitó a llamadas telefónicas y de lo dicho se evidencia que no pudo dar cuenta siquiera de los lugares en los que habitaba el señor Palacios, mucho menos puede testificar sobre las supuestas convivencias, amén de las contradicciones que en su decir se evidencian.
47. En cuanto a la señora Paulina Palacios sus afirmaciones sobre la convivencia del causante con la señora Eufemia Lara carecen de fecha y se refieren igualmente a un evento específico de una visita, además la propia testigo manifestó “lo único que yo puedo afirmar es lo que él decía que tenía sus dos relaciones, pero no sé cómo la vivía (...)”, razón por la cual la Sala resta convicción sobre lo dicho en el testimonio.

²⁰ Visible a Folio 203 a 208

²¹ Visible a Folio 14 del cuaderno principal en la demanda de reconversión.

²² Visible a Folio 263

48. Para la Sala es importante analizar detalladamente y mencionar algunos apartes de la declaración de parte de la señora Eufemia Lara Palencia, pues, de su decir se extrae que en ningún momento pretende haber sido la compañera permanente exclusiva del causante, más bien, todas sus afirmaciones hacen alusión a visitas esporádicas del señor Nicolas Odilio, a la asistencia ocasional a reuniones sociales, al supuesto reconocimiento de algunas amistades como su compañera y lo que es más claro y se ratifica en distintos testimonios, **a la dependencia económica.**

49. En ese sentido, dice la señora Lara Palencia al ser interrogada acerca de la convivencia: “Esa convivencia siempre fue frecuente, como siempre, como él nos acostumbró a estar, un tiempo con una, un tiempo con otra, y no solo con nosotras porque él tuvo hijos mayores, **él me visitaba** común y corriente compartíamos igual techo, cama, mesa, **siempre iba.**”²³

50. Y a renglón seguido luego de preguntarle acerca de la frecuencia con que se daba la convivencia, respondió: “común y corriente, siempre, porque **él a veces iba a veces no iba**, esa era nuestra forma ya acostumbrada a vivir.”²⁴

51. Al preguntarle si amanecían los dos, respondió: “**pues él últimamente no amanecíamos los dos** (sic), pero siempre compartíamos”²⁵

52. En cuanto a la dependencia económica de la señora Eufemia Lara Palencia respecto del señor Nicolás Odilio Palacios (q.e.p.d), para la Sala está debidamente probado que el pago del arrendamiento estuvo siempre a cargo del causante, hecho que lo corrobora la señora María Teresa Sierra en calidad de arrendadora y la propia Ana Tulia Muñoz quien respondió a la pregunta de quién cancelaba los arriendos de la señora Eufemia donde vivía con sus hijos, lo siguiente: “Nicolas a veces hasta yo, cuando él estuvo enfermo le hice una consignación a la señora Elsa, la señora iba a la oficina y se le pagaba.”²⁶

53. Otro aspecto que evidencia la dependencia económica de la señora Eufemia Lara Palencia es que en su declaración de parte manifestó “porque

²³ Visible a Folio 245

²⁴ Visible a Folio 245

²⁵ Visible a Folio 251

²⁶ Visible a Folio 263

de eso es lo único que he vivido”²⁷ al referirse a su actividad en la editorial del causante, hecho que se corrobora con el testimonio rendido por la señora Ana Tulia quien manifestó “(...) ella iba y recogía material y vendía material, él le daba el material para que ella se ayudara, ella vendía y eso no era para la oficina, ella cogía la plata de ese material y lo cogía para sus gastos, para los gastos de la casa, con los pelaos”²⁸

54. Por otro lado, la Sala encuentra consistencia entre los testimonios de Laura Elena Palacios Naranjo, Edward Giovanni Roncancio y Erica Paola Palacios y también entre éstos y las declaraciones extrajudiciales que Mario Luis Palacios Hinestroza y Gregorio Emilio Palacios Hinestroza rindieron como hermanos del causante ante la Notaría Segunda del Círculo de Quibdó; Laura Elena Palacios, Erica Paola Palacios rindieron ante la Notaría Cuarta del Círculo de Bogotá, así como la rendida por Yuby Adriana Palacios Muñoz ante la Notaría Tercera del Círculo de Valledupar, éstas últimas en su calidad de hijas del causante.

55. La Sala no puede pasar por alto o restar valor probatorio a la declaración juramentada del fallecido Nicolás Odilio Palacios Hinestroza (q.e.p.d), fechada 22 de mayo de 2002, esto es, ocho años antes de su fallecimiento, la cual rindió con el objeto de que fuera tenida en cuenta por el Fondo Prestacional del Magisterio y según la cual dijo bajo la gravedad de juramento: “Que vivo en la carrera 11ª No. 17-49 del Barrio Ciudad Jardín sur de la Ciudad de Bogotá (...)”²⁹, dicha dirección contrastada con la dirección del contrato de arrendamiento de vivienda urbana³⁰ que obra en el expediente y al que ya se ha hecho alusión, identifica como coarrendataria a la señora Ana Tulia Muñoz y da cuenta de que el señor Palacios Hinestroza declaraba vivir en el mismo inmueble³¹.

56. En el mismo sentido, obra en el expediente una declaración juramentada del señor Nicolás Odilio Palacios Hinestroza (q.e.p.d) y Ana Tulia Muñoz fechada a 26 días del mes de agosto de 2009, un año antes de fallecer, ante el Notario Catorce del Círculo de Bogotá en el que declararon bajo la gravedad de juramento: “que convivimos en unión libre de forma

²⁷ Visible a Folio 245

²⁸ Visible a Folio 260

²⁹ Visible a Folio 40 del cuaderno antecedentes.

³⁰ Visible a Folio 14 del Cuaderno Anexos demanda de reconversión.

³¹ En el folio 308 se lee la afirmación de María Teresa Sierra acerca del arrendamiento que le hizo al fallecido Nicolás Odilio para que viviera allí junto con la señora Ana Tulia Muñoz y sus hijos, a renglón seguido afirma que vivió ahí hasta el momento en que falleció.

permanente e ininterrumpida desde hace treinta (30) años y de nuestra unión tenemos cinco (5) hijos todos mayores de edad.”³²

57. Existen dos pruebas documentales que acreditan que la señora Ana Tulia Muñoz tuvo la calidad de beneficiaria en salud del señor Nicolás Odilio Palacios, una expedida el día 30 de septiembre de 2011 por la Unión Temporal del Norte por intermedio del convenio Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio³³ y otra de la Unión Temporal Médico Salud 2012³⁴, pruebas que son relevantes a la luz de lo establecido en el ya citado artículo 13 del Decreto 1160 de 1989 toda vez que fueron expedidas por entidades de previsión social y dan cuenta de la inscripción efectuada por el causante, lo que acredita la calidad de compañero o compañera permanente .

58. De acuerdo con los elementos materiales probatorios analizados por la Sala, no está debidamente acreditado y probado que el señor Nicolás Odilio Palacios Hinestroza haya convivido simultáneamente en sus últimos años de vida con la señora Eufemia Lara Palencia. A juicio de la Sala más que una convivencia simultánea, en el presente caso hay indicios de visitas esporádicas a la vivienda de la señora Eufemia Lara Palencia, de asistencias ocasionales a reuniones sociales y del emprendimiento conjunto de labores comerciales entre el fallecido y la señora Lara Palencia como fuente de recursos para su sostenimiento y de los hijos que ambos procrearon, situación que da cuenta también de una relación de apoyo, solidaridad y ayuda mutua.

59. De hecho, recientemente la Corte Suprema de Justicia³⁵ explicó que la convivencia entre los esposos o compañeros permanentes, para efectos de acceder a la pensión de sobrevivientes, debe ser examinada y determinada según las particularidades relevantes de cada caso concreto. Para la Corte, pueden existir eventos en que los cónyuges o compañeros no puedan estar permanentemente juntos bajo el mismo techo, en razón de circunstancias especiales como salud, trabajo, fuerza mayor o similares.

60. Por ello, lo anterior no conduce de manera forzosa a que desaparezca la comunidad de vida de la pareja, si claramente se mantienen vigentes los

³² Visible a Folio 39 del cuaderno Anexos demanda de reconversión

³³ Visible a Folio 58 del cuaderno anexo demanda de reconversión.

³⁴ Visible a Folio 12 del cuaderno anexo demanda de reconversión.

³⁵ CSJ Sala Laboral, Sentencia SL-65192017 (57055), 10/05/2017, M.P. Rigoberto Echeverri Bueno

lazos afectivos, sentimentales, de apoyo, solidaridad, acompañamiento espiritual y ayuda mutua. Destaca también la citada que los aspectos antes indicados son rasgos esenciales y distintivos de la convivencia entre una pareja y que supera su concepción meramente formal relativa a la cohabitación en el mismo techo.

61. También estableció que la intencionalidad de la convivencia como pareja a pesar de la distancia y la convicción de ambos de mantener vigente su unión marital es lo que determina una real convivencia que, eventualmente, dé viabilidad al reconocimiento de este derecho pensional.

62. Lo que sí es claro para esta Corporación es que el difunto Nicolás Odilio reconocía a la señora Ana Tulia Muñoz como su compañera permanente y la casa en la que ella vivía con sus hijos, como su lugar de residencia. Con todo y como se dijo, aunque con las pruebas recaudadas no es posible establecer convivencias simultáneas, para la Sala es claro que de los testimonios recogidos se colige que la señora Eufemia Lara Palencia dependía para su sustento del causante Nicolás Odilio Palacios y, que el occiso tenía un claro compromiso patrimonial con el sustento económico de la señora Lara Palencia y los hijos que procrearon. Para la Sala el hecho de que fruto de esa relación nacieran cinco hijos da cuenta de que hubo entre ellos un vínculo *sui generis* que permaneció en el tiempo y no una relación casual o efímera de la que se pretenda obtener simplemente un beneficio económico por el hecho de la sustitución pensional.

63. Desde una perspectiva socio cultural, para el presente caso vale la pena traer a colación algunas de las particularidades que la Jurisprudencia Constitucional ha reconocido en la constitución de la familia, veamos:

64. *El “carácter maleable de la familia” se corresponde con un Estado multicultural y pluriétnico que justifica el derecho de las personas a establecer una familia “de acuerdo a sus propias opciones de vida, siempre y cuando respeten los derechos fundamentales”, pues, en razón de la variedad, “la familia puede tomar diversas formas según los grupos culturalmente diferenciados”, por lo que “no es constitucionalmente admisible el reproche y mucho menos el rechazo de las opciones que libremente configuren las personas para establecer una familia”³⁶.*

³⁶ Sentencia C-577 de 2011, inciso 5, numeral 4.4.3

65. Así las cosas, por las particularidades de este caso, se hace necesario proferir un fallo que más allá de la acreditación de la convivencia de los compañeros permanentes consulte también los criterios expuestos en el numeral 3.2 de las consideraciones de la sentencia³⁷, los cuales están probados si se tiene en cuenta que para la señora Eufemia Lara Palencia la muerte del causante supuso la ausencia repentina del apoyo económico que éste le brindaba en el pago del canon de arrendamiento y también un cambio sustancial de las condiciones mínimas de subsistencia pues el señor Nicolas Odilio Palacios (q.e.p.d) era quien le proporciona material de sus publicaciones para que producto de la venta solventara sus gastos³⁸.

66. No hay duda de que, acceder a las pretensiones del apelante significaría disminuir el grado de seguridad social y económica con que contaba la señora Lara Palencia mientras vivía el causante y que significaría para ella también una evidente desprotección.

67. Aunque la señora Lara Palencia no haya logrado acreditar su convivencia simultánea con el causante, en el presente caso el incumplimiento de dicho requisito legal no desprotege ni pone en peligro los derechos de la señora Ana Tulia Muñoz dado que para ella era bien sabido y aceptado que su compañero permanente asistía económicamente a la señora Lara Palencia pues el causante en vida así lo quiso y determinó que eso era lo que correspondía porque al margen de la convivencia, los distintos testimonios y las pruebas documentales si dan cuenta de la existencia de dependencia económica, lazos afectivos, sentimentales, de apoyo, solidaridad, acompañamiento espiritual y ayuda mutua entre ellos.³⁹

³⁷ Adicionalmente, cuando se presente conflicto entre los posibles titulares del derecho a la sustitución pensional, debe valorarse el auxilio o apoyo mutuo, la convivencia efectiva, la comprensión y la vida en común al momento de la muerte, que son los factores que legitiman el derecho reclamado, así como la dependencia económica de las potencialmente beneficiarias. (Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, Sentencia del 15 de abril de 2015, Radicado No. 73001-23-31-000-2011-00161-01(4488-13). Consejera Ponente: Sandra Lisset Ibarra Vélez.

³⁸ Este hecho quedó probado a partir de la declaración de parte de Eufemia Lara Palencia que, al contrastarla con el testimonio de Ana Tulia Muñoz, da a la Sala credibilidad sobre lo dicho.

³⁹ En un caso similar la Sala concluyó que el causante compartió su vida con ambos grupos familiares y si bien no se demostró las condiciones particulares de la convivencia simultánea, pues cada grupo de testigos sólo se refiere a una familia en particular, es indiscutible que el Suboficial Jefe ® de la Armada Nacional José Vicente Quiroga Benítez compartía en vida sus ingresos, y mantenía relaciones de afecto y ayuda mutua, tanto con su esposa como con su compañera permanente, lo que llevó a repartir la pensión en partes iguales entre la cónyuge y la compañera permanente. (Sentencia del 11 de febrero de 2015, No. de Radicación 08001-23-31-000-2009-01130-01(1677-12). Consejero Ponente Alfonso Vargas Rincón.

68. Dada la larga historia de vida de la señora Lara Palencia con el causante, producto de la cual se procrearon 5 hijos, es natural que la susodicha pretenda reclamar una porción de la pensión de sobrevivencia y, no se observa en su actuar mala fe, sino que, dados los presupuestos de la ley positiva, existió una inmensa dificultad probatoria de su legitimidad y su derecho de sustitución, lo cual se explica en parte por la necesidad de probar el hecho de la convivencia, lo que no debe confundirse con maniobras fraudulentas de las que sea víctima la señora Ana Tulia Muñoz, por lo que no existe necesidad de una intervención especial por parte de esta Corporación.

69. De acuerdo con las consideraciones que anteceden, la Sala confirmará la sentencia del *A - quo*

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

FALLA

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia del 1 de septiembre de 2016, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección "D" que a título de restablecimiento del derecho ordenó a la Nación-Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio reconocer la sustitución de la pensión de invalidez en el 50% a favor de las señoras Ana Tulia Muñoz y Eufemia Lara Palencia, ambas en condiciones de compañeras permanentes, en un veinticinco por ciento (25%) para cada una de ellas.

SEGUNDO: Por la Secretaría de la Sección Segunda, regresar el expediente al Tribunal de origen.

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

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en la presente sesión.

Los Consejeros,

SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ

CÉSAR PALOMINO CORTÉS

CARMELO PERDOMO CUÉTER

Relatoría: JORM/Lmr.