

SUSTITUCION DE PENSION DE JUBILACION DE PERSONAL CIVIL DEL MINISTERIO DE DEFENSA – Regulación legal / COMPAÑERA PERMANENTE – Evolución normativa

Con el anterior antecedente Jurisprudencial y con base en los artículos 13, 42 y 48 de la Constitución Política, los derechos a la Seguridad Social comprenden de la misma manera tanto al cónyuge como al compañero o compañera permanente. 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.

NOTA DE RELATORIA: Sobre la evolución normativa de la protección a las compañeras permanentes ver sentencia de la Sección Segunda del Consejo de Estado, Exp. 0437-00, C.P. Dr. Alfonso Vargas Rincón

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA – ARTICULO 13 / CONSTITUCION POLITICA – ARTICULO 42 / CONSTITUCION POLITICA – ARTICULO 48

FAMILIA – concepto tradicional y evolución / UNION MARITAL DE HECHO – Regulación legal / CONYUGE SUPERSTITE Y COMPAÑERA PERMANENTE – Principio de igualdad

El concepto original de familia, con las posteriores y graduales modificaciones que se introdujeron, se aplicó en todos los aspectos del ordenamiento jurídico, a tal punto, que en materia laboral y pensional, las normas sobre sustitución pensional conferían el derecho al cónyuge sobreviviente en forma exclusiva. (..) Como resultado de lo anterior, en el artículo 42 de la Constitución Política de 1991, se produjo un cambio significativo en el concepto de familia en Colombia, pues si bien se rescató lo establecido en la Carta de 1886, referente a que la familia es el núcleo fundamental de la sociedad, se dispuso que ésta podría conformarse no sólo por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio, sino que también, por la voluntad responsable de conformarla, quiere decir, que se le brindó igual tratamiento a la familia de facto que a la conformada mediante un acto contractual de carácter marital, solemne y formal.

FUENTE FORMAL: LEY 54 DE 1990 / CONSTITUCION POLITICA – ARTICULO 42

PAREJA DEL MISMO SEXO – Unión marital de hecho / FAMILIA – Conformación de la libre decisión de dos personas / FAMILIA – La Constitución de 1991 configuro distintos tipos y clases

si bien la familia puede surgir como un fenómeno natural producto de la decisión libre de dos personas, lo cierto es que son las manifestaciones de solidaridad, fraternidad, apoyo, cariño y amor, los que estructuran y le brindan cohesión a la institución; por ende, se puede afirmar, que ha dejado de ser una institución ancestral estructurada sobre conceptos eminentemente biológicos y religiosos, para transformarse en organismos sociales que pueden presentar diversas manifestaciones o integraciones. Justamente, en desarrollo de esa manifestación libre y espontanea, se ha llegado al punto de exhortar al Legislador para que determine la manera de cómo se puede formalizar y solemnizar un vínculo jurídico entre integrantes de las parejas del mismo sexo que libremente quieran recurrir a él, pues para nadie es un secreto que la homosexualidad se ha tornado más

visible a través de los tiempos y actualmente goza de mayor aceptación por parte de la sociedad. No obstante, a pesar de que efectivamente las parejas del mismo sexo aun no cuentan con un respaldo legal para contraer matrimonio, pueden acceder al régimen dispuesto en la Ley 54 de 1990 siempre y cuando cumplan con las condiciones previstas para las uniones maritales de hecho, esto es, la comunidad de vida permanente y singular, mantenida por un periodo de al menos dos años, con esta disposición quedó *“(...) amparada por la presunción de sociedad patrimonial y sus integrantes pueden, de manera individual o conjunta, acudir a los medios previstos en la ley para establecerla cuando así lo consideren adecuado (...)”*. Visto lo anterior se puede afirmar que, la Constitución de 1991 lejos de establecer o fijar una sola concepción de familia, avaló con apoyo en los principios de igualdad y de libre desarrollo de la personalidad, la posibilidad de configuración de distintos tipos y clases, todas ellas merecedoras de la protección estatal del artículo 42 superior, tan es así, que la protección que se deriva de ese derecho, comprende no sólo la que esta constituida por el vínculo del matrimonio, sino aquella emanada de la voluntad de establecer una unión marital de hecho; así se tiene entonces que, los derechos de la seguridad social se extienden tanto a cónyuges como a compañeros permanentes.

FUENTE FORMAL: LEY 54 DE 1990 / CONSTITUCION POLITICA – ARTICULO 42

**COMPAÑERA PERMANENTE – Reconocimiento sustitución pensional /
COMPAÑERA PERMANENTE – Convivencia plena permanente y singular /
APOYO Y AYUDA MUTUA – Últimos años de convivencia / NUCLEO
FAMILIAR – Conformación por compañeros permanentes /
RECONOCIMIENTO DE SUSTITUCION DE PENSION DE INVALIDEZ A
COMPAÑERA PERMANENTE – En un 100% al demostrar al convivencia por
mas de 38 años**

Se encuentra probado en el proceso, a través de testimonios, la convivencia entre el señor Hugo Clemente Alvarado Méndez (Q.E.P.D.) y Carmen Elisa Caballero Gómez durante los últimos años de vida del pensionado y hasta su fallecimiento. En ese sentido la Sala considera que como 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 desamparadas y abandonadas económicamente y teniendo en cuenta que, en el caso concreto, no se acreditó convivencia simultánea del causante tanto con su cónyuge como con su compañera permanente, la sustitución de la pensión de invalidez que devengaba el pensionado corresponde en el 100% a la señora Caballero Gómez, con quien estuvo más de 38 años antes de su muerte y consolidó un grupo familiar. En efecto, al valorar el material probatorio allegado, cuyas pruebas testimoniales son pertinentes, conducentes e idóneas; encuentra la Sala acreditados los supuestos que legitiman el derecho **sólo** a la actora, por ser ella quien acreditó plenamente la comunidad de vida que sostuvo con su compañero permanente, el señor Hugo Clemente Alvarado Méndez (Q.E.P.D.). (...) Entonces, si bien es cierto existió un acto contractual de carácter marital, solemne y formal entre el señor Hugo Clemente Alvarado Méndez (Q.E.P.D.) y la señora Concepción Montañez, también lo es que, quién tiene el derecho a la sustitución pensional es la señora Caballero Gómez, por ser quien compartió su vida con el pensionado durante sus últimos años, lo acompañó y socorrió durante su vejez hasta su muerte. En otras palabras la compañera supérstite del pensionado fallecido, demostró con él su convivencia plena, permanente y singular, con el ánimo de conformar un núcleo familiar, pues además de que tuvieron 10 hijos, mantuvieron una cohabitación en la que estuvo presente su apoyo afectivo y comprensión de pareja, como si se tratara de un

matrimonio.

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCION SEGUNDA
SUBSECCION B

Consejero ponente: GUSTAVO EDUARDO GOMEZ ARANGUREN (E)

Bogotá, D. C., doce (12) de junio de dos mil catorce (2014)

Radicación número: 54001-23-31-000-2003-01297-01(2336-13)

Actor: CARMEN ELISA CABALLERO GÓMEZ

Demandado: NACION MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la Sentencia de 31 de enero de 2013 proferida por el Tribunal Administrativo de Norte de Santander, que declaró probada de oficio la excepción de inepta demanda y como consecuencia se inhibió para decidir las pretensiones de la demanda incoada por Carmen Elisa Caballero Gómez contra la Nación – Ministerio de Defensa y la señora Concepción Montañez de Alvarado, en su calidad de tercera interesada en las resultas del proceso.

I. ANTECEDENTES

1. LA ACCIÓN

Carmen Elisa Caballero Gómez, por intermedio de apoderado judicial y en ejercicio de la acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, presentó demanda a fin de que se declare la nulidad de las Resoluciones Nos. 1502 y 950 de 26 de abril de 2002 y 27 de junio de 2003, respectivamente, mediante las cuales le fue negada a la demandante la solicitud de “redistribución” de la pensión de beneficiarios del señor Hugo Clemente Alvarado Méndez.

A título de restablecimiento del derecho solicitó que dentro de los 30 días que establece el artículo 176 del C.C.A., proceda a “redistribuir” la pensión de beneficiarios del señor Hugo Clemente Alvarado Méndez (Q.E.P.D.), en el sentido de excluir a la señora Concepción Montañez de Alvarado, y en su lugar incluir a la

demandante, en su calidad de compañera permanente, con todos los aumentos que se hayan producido desde el 15 de septiembre de 1997 y hasta la fecha del pago, en un porcentaje del 100%; pagar los intereses legales, moratorios y la indexación de las mesadas dejadas de pagar entre el 15 de septiembre de 1997 y el día en que se haga efectivo el pago, de conformidad con los artículos 177 y 178 del C.C.A.

2. FUNDAMENTOS FÁCTICOS¹:

El señor Hugo Clemente Alvarado Méndez (Q.E.P.D.) contrajo matrimonio con la señora Concepción Montañez el 16 de abril de 1945 en Pamplona, Norte de Santander. De esta unión nacieron 3 hijos: Yesmin, Hugo Oswaldo y Fabiola Alvarado Montañez. En el año de 1955 la mencionada señora abandonó a su esposo e hijos.

A mediados del año de 1955, inició una relación el señor Alvarado Méndez (Q.E.P.D.) con la demandante hasta el 23 de diciembre de 1994, fecha en que falleció. De esta unión nacieron 10 hijos: Luz Marina, Itala Clemencia, Miguel Antonio, Sergio, Claudia, Facundo, Javier, Sandra, Leonardo y Jimena Alvarado Caballero, todos actualmente mayores de edad.

El señor Hugo Clemente Alvarado Méndez (Q.E.P.D.) trabajó como empleado civil en el sector de la Justicia Militar, hasta alcanzar el grado de Secretario de Justicia, con base en el cual le fue reconocida la pensión de invalidez por medio de la Resolución No. 3635 de 8 de junio de 1978, equivalente al 75% de los últimos haberes devengados, reconocimiento pensional obtenido por el causante cuando convivía con la actora hacía más de 20 años.

La pareja Alvarado - Caballero mantuvo una relación muy armónica durante los 39 años transcurridos entre 1955 y 1994, sin que en todo ese tiempo existiera alguna desavenencia. Durante esta relación el señor Alvarado Méndez (Q.E.P.D.), suministró los dineros para atender todas las necesidades del hogar, tales como, colegios, servicios públicos, transporte, arriendo, vestuario, alimentación, entre otros.

Mediante Resolución No. 7229 de 29 de junio de 1995 el Ministerio de Defensa

¹ Folios 29 a 34.

Nacional², reconoció la pensión de beneficiarios a la señora Concepción Montañez de Alvarado, desconociendo el artículo 125 del Decreto 1214 de 1994.

La actora, quien es de la tercera edad, solicitó al Ministerio de Defensa Nacional la redistribución de la pensión de beneficiarios de quien era su compañero permanente, el señor Hugo Clemente Alvarado Méndez (Q.E.P.D.), en el sentido de incluirla a ella en una cuantía equivalente al 100% de la recibida por el titular con 4 años de retroactividad, es decir, desde el 15 de septiembre de 1997, con los correspondientes aumentos.

La anterior petición fue resuelta de manera negativa por medio de la Resolución No. 1502 de 26 de abril de 2002, motivo por el cual interpuso recurso de reposición, el cual fue contestado de manera desfavorable a través de la Resolución No. 950 de 27 de junio de 2003.

La Constitución Política, el Consejo de Estado y la Corte Constitucional, han protegido ampliamente los derechos de las compañeras permanentes. Tanto es así, que en Sentencias de 5 de mayo de 1981 y 28 de abril de 2004³, se ordenó sustituir a la compañera permanente la pensión de invalidez que recibía el pensionado.

3. DISPOSICIONES VIOLADAS

Como disposiciones violadas citó las siguientes:

Constitución Política, artículos 2, 4, 5, 6, 13, 42, 43, 46, 53 inciso 3º, 58 y 243; Código Contencioso Administrativo, artículo 136; Código Civil, artículos 27 y 28; Leyes 153 de 1887, artículos 1, 2, 3, 4, 5 y 6; 33 de 1973, artículo 1; 4ª de 1976, artículo 8; 12 de 1975, artículo 1; 113 de 1985, artículo 1; 71 de 1988, artículos 3 y 11; 54 de 1990; 100 de 1993, artículo 47; Decretos Nos. 1160 de 1989, artículos 5 ordinal a), 6; 2067 de 1991, inciso 1º de los artículos 21 y 23; 1214 de 1990, artículos 124, 125; 1029 de 1994, artículo 110.

4. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

² El demandante no indicó cuál fue la autoridad administrativa que lo expidió.

³ Providencias proferidas por el Consejo de Estado.

- La entidad demandada, a través de su abogado, contestó la demanda dentro de la oportunidad legal; sin embargo, no anexó el mandato para actuar, motivo por el cual no se tuvo en cuenta⁴ (folios 174 y 175).
- Mediante apoderado, la señora Concepción Montañez de Alvarado, contestó la demanda y solicitó negar las súplicas con fundamento en los siguientes argumentos (folios 164 a 171):

La señora Montañez de Alvarado nunca abandonó el hogar, lo que sucedió fue que su esposo Hugo Clemente Alvarado Méndez (Q.E.P.D.), le estaba siendo infiel con la demandante.

La Resolución No. 7229 del 29 de Junio de 1995, por medio de la cual le fue reconocida la sustitución de la pensión de invalidez que recibía el señor Alvarado Méndez (Q.E.P.D.), está conforme a lo dispuesto por la Ley 54 de 1990, modificada por la Ley 979 de 2005.

Adicionalmente propuso las siguientes excepciones:

- Mala fe y culpa exclusiva de la demandante, por cuanto ésta fue quien causó la separación del matrimonio conformado por los esposos Alvarado – Montañez.
- Falta de legitimación por activa o falta de causa para pedir y ausencia de requisitos sustanciales para la declaración de la sociedad patrimonial, ya que no existe Sentencia que demuestre la sociedad patrimonial de hecho.
- Inepta demanda por indebida acumulación de pretensiones, si se tiene en cuenta que no es viable solicitar los intereses legales e intereses moratorios más la indexación de las mesadas pensionales.

II. LA SENTENCIA RECURRIDA

El Tribunal Administrativo de Norte de Santander, mediante Sentencia de 31 de enero de 2013, declaró probada de oficio la excepción de inepta demanda y como consecuencia se inhibió para decidir las pretensiones; lo anterior con fundamento

⁴ En el Auto de Pruebas, visible a folio 183, se dio por no contestada la demanda por parte de la entidad demandada.

en lo siguiente (folios 389 a 393):

Respecto a las excepciones formuladas por la tercera interesada, éstas no están llamadas a prosperar, toda vez que hacen parte del estudio de fondo del presente asunto y no se constituyen en un verdadero medio exceptivo que amerite su estudio previo.

La actora no demandó el acto administrativo que en realidad le desconoció el derecho de sustitución que reclama, esto es, la Resolución No. 7229 del 29 de junio de 1995, por medio de la cual se había sustituido la pensión que recibía el señor Hugo Clemente Alvarado Méndez, a su cónyuge supérstite, la señora Concepción Montañez de Alvarado.

En efecto, la demanda estuvo dirigida a cuestionar las Resoluciones Nos. 1502 de 2002 y 950 de 2003, por medio de las cuales se le negó a la demandante la solicitud de sustitución pensional. Adicionalmente al revisar el fondo de estos actos administrativos se observa que el argumento central con base en el cual se negó la solicitud, fue el hecho de que mediante la Resolución No. 7229 del 29 de junio de 1995, se había sustituido la pensión que recibía el señor Hugo Clemente Alvarado Méndez (Q.E.P.D.), a su cónyuge supérstite señora Concepción Montañez de Alvarado y que no había acreditado la calidad de compañera permanente en los términos de la Ley 54 de 1990. En ese sentido, era dicho acto el que debió ser demandado en cualquier tiempo conforme lo establecido en el artículo 136, numeral 2, del C.C.A.

Las Resoluciones Nos. 1502 de 2002 y 0950 de 2003, no contienen decisión sustancial de negativa de la sustitución pensional y en las consideraciones de las mismas se indicó que nada había que decidir sobre la sustitución pensional que reclamaba la señora Carmen Elisa Caballero, pues ya se había sustituido la pensión en favor de la cónyuge supérstite.

En virtud de lo anterior, se debe dar aplicación al artículo 164 del C.C.A., esto es, declarar probada de oficio la excepción de inepta demanda, por no haberse demandado el acto que legalmente le desconoció el derecho de sustitución a la demandante, lo cual conlleva a un fallo inhibitorio.

III. LA APELACIÓN

La parte demandante, por intermedio de su apoderado, interpuso recurso de apelación en contra del proveído anterior, bajo los siguientes argumentos (folios 397 a 417):

El señor Alvarado Méndez (Q.E.P.D.), suministró los dineros necesarios durante los 39 años que duró la convivencia con la demandante, primero con el sueldo que devengaba como empleado civil del Ministerio de Defensa y luego con la Pensión de invalidez que le fuera reconocida en 1978, para atender en un todo a las necesidades del hogar, aportando para los gastos comunes que tiene toda familia, tales como, servicios, transporte, arriendo, vestuario y alimentación.

Desde 1955 en todas las ocasiones en que el citado señor tuvo que utilizar los servicios médicos del Batallón, siempre contó con la presencia de su compañera permanente, la señora Carmen Elisa Caballero Gómez, quien en todas las ocasiones firmó los documentos de ingreso y se responsabilizó por él.

La cónyuge Concepción Montañez desde muchos antes de la muerte de su esposo, no vivía con él en Cúcuta, sino en la ciudad de Bogotá, y por esa misma razón, ni ella ni sus hijos adelantaron ninguna de las diligencias necesarias para las honras fúnebres del señor Alvarado Méndez (Q.E.P.D.). En ese orden de ideas, como lo abandonó, se podría afirmar que incurrió en la causal de pérdida del derecho a la sustitución pensional, estipulada en el inciso 1° del artículo 119 del Decreto Ley 2247 de 1984⁵ y se habría interrumpido la prescripción de las mesadas, por 4 años contados hacia atrás de acuerdo con el artículo 147 *ibídem*.

Dentro de las pruebas que el A – *quo* omitió analizar y que corroboran lo anterior, se encuentran: los registros civiles de los hijos, el registro de defunción del señor Alvarado Méndez (Q.E.P.D.) donde figura la demandante como cónyuge por ser ella quien se encargó de todos los trámites funerarios, los testimonios solicitados por la actora y recogidos a lo largo del proceso, que avalan y respaldan la calidad de compañera permanente durante más de 38 años.

Dentro de las declaraciones a tener en cuenta, están las de los señores Claudette

⁵ “(...) Artículo 119. Extinción de Pensión. Las pensiones que se otorguen por fallecimiento de un empleado público del Ministerio de Defensa o de la Policía Nacional en servicio activo o en goce de pensión, se extinguirán para el cónyuge si contrae nuevas nupcias o hace vida marital, o cuando por su culpa no viviera unido al empleado o pensionado en el momento de su fallecimiento (...)”.

Suárez Ramírez, Hugo Oswaldo Alvarado Montañez, Yezmin Alvarado Montañez, por cuanto ellos son testigos de que la señora Carmen Elisa Caballero fue la compañera permanente del señor Alvarado Méndez (Q.E.P.D.).

La señora Concepción Montañez, no aportó alguna prueba encaminada a demostrar que ella estuvo viviendo con el señor Alvarado Méndez hasta el día del fallecimiento de él. En efecto, era ella quien tenía la carga de probar que no se había separado de hecho y que convivió con él hasta el momento de su muerte, para desvirtuar que no ha perdido su derecho a la sustitución pensional.

No se puede asegurar que era obligación demandar la Resolución No. 7229 de 29 de junio de 1995, la cual sustituyó la pensión que recibía el señor Hugo Clemente Alvarado Méndez a su cónyuge supérstite la señora Concepción Montañez de Alvarado, por cuanto dentro de las consideraciones de ese acto administrativo no se hace referencia a la demandante.

En el presente caso no hay inepta demanda, si se tiene en cuenta que no hay indebida acumulación de pretensiones ni mucho menos existe una falencia en los requisitos formales. Sobre el particular el Consejo de Estado⁶ se ha pronunciado, manifestando que la exigencia procesal contemplada en el numeral 4 del artículo 137 del C.C.A., se satisface cuando en el libelo se consigne la invocación normativa y la sustentación de los cargos.

Como no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a decidir previas las siguientes,

V. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Antes de efectuar cualquier razonamiento por parte de la Sala, observa la Sala que el A – *quo* se declaró inhibido para pronunciarse sobre el fondo del asunto, bajo el entendido de que no cuestionó el acto administrativo por medio del cual se había sustituido la pensión que recibía el señor Hugo Clemente Alvarado Méndez (Q.E.P.D), a su cónyuge supérstite, la señora Concepción Montañez de Alvarado, lo cual conlleva a declararse probada la excepción de inepta demanda.

⁶ Consejo de Estado, Sentencia de 7 de diciembre de 2011, Expediente No.11001-03-24- 000-2009-00354-00(2069-09), C. P. Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardía.
Consejo de Estado, Sentencia de 1 de julio de dos mil nueve 2009, Radicación No. 27001-23-31-000-2002-01189-01(2604-05) C. P. Dra. Bertha Lucia Ramírez de Páez.

No obstante, tal argumento carece de sustento jurídico, pues si bien la señora Caballero Gómez no demandó la Resolución donde le fue reconocida la pensión de sobrevivientes a la señora Concepción Montañez de Alvarado, por demás inane si se tiene en cuenta que en ese acto administrativo no se hizo mención alguna a la demandante, tal situación no le impide suscitar un nuevo pronunciamiento, como quiera que se trata de una prestación periódica.

En efecto, esta Corporación en Sentencia de 2 de octubre de 2008⁷, ha sostenido que el derecho al reconocimiento de la sustitución pensional es imprescriptible, y por ende, aún negado puede volverse a solicitar a la administración en cualquier tiempo; adicionalmente ha indicado que no hay caducidad en la Acción Contencioso Administrativa respecto de los actos administrativos que reconocen prestaciones periódicas, lo anterior porque de conformidad con lo previsto en el numeral 2 del artículo 136 del C.C.A., modificado por la Ley 446 de 1998, los actos que niegan o reconocen prestaciones periódicas podrán demandarse en cualquier tiempo. Al respecto, la citada Providencia estipuló que:

“(...) En suma, la relectura y alcance que en esta oportunidad fija la Sala al artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, en cuanto dispone que los actos que reconocen prestaciones periódicas pueden demandarse en cualquier tiempo, no apunta sólo a aquéllos que literalmente tienen ese carácter, sino que igualmente comprende a los que las niegan. Ello por cuanto de un lado, la norma no los excluye sino que el entendimiento en ese sentido ha sido el resultado de una interpretación restringida, y de otro, tratándose de actos que niegan el reconocimiento de prestaciones periódicas, tales como pensiones o reliquidación de las mismas, para sus titulares que son personas de la tercera edad, ello se traduce en reclamaciones y controversias que envuelven derechos fundamentales. No puede perderse de vista que la Carta Política garantiza la primacía de los derechos inalienables y éstos prevalecen sobre aspectos procesales. El derecho a la pensión y su reliquidación es un bien imprescriptible e irrenunciable para sus titulares.

*En el sub examine, al tiempo que como quedó expresado en párrafos anteriores, la demanda contra los actos impugnados fue presentada por fuera del término de caducidad -cuestión que extrañamente ignoró el Magistrado que admitió la demanda y la Sala que la decidió-, sin embargo bajo la motivación expuesta precedentemente, su extemporaneidad se torna en una inconsistencia inane, pues en cualquier caso, **si no hay caducidad para los actos que reconocen prestaciones periódicas tampoco la habrá para aquellos que las niegan**, fundamento que facilita el examen de fondo del asunto propuesto en esta instancia.*

(...)”.

Problema jurídico

⁷ Consejo de Estado, Sentencia de 2 de octubre de 2008, Radicación N° 25000 2325 000 2002 06050 01 (0363-08), C. P. Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

Se contrae a determinar si la demandante Carmen Elisa Caballero Gómez, en calidad de compañera permanente, tiene derecho o no a que se le sustituya la pensión del Señor Hugo Clemente Alvarado Méndez (Q.E.P.D.), quien ha dejado a su fallecimiento una cónyuge sobreviviente.

Actos acusados.

- Resolución No. 1502 de 26 de abril de 2002 por medio de la cual la Secretaria General del Ministerio de Defensa, declaró que no hay lugar al reconocimiento y pago de suma alguna a favor de la señora Carmen Elisa Caballero Gómez, en calidad de presunta compañera permanente del señor Hugo Clemente Alvarado Méndez, por cuanto no aportó pronunciamiento judicial en donde se indique que le asiste tal derecho (folios 41 y 42).
- Resolución No. 0950 de 27 de junio de 2003 expedida por la misma autoridad administrativa, que confirmó el anterior acto administrativo y declaró agotada la vía gubernativa. Lo anterior ya que de conformidad con el artículo 2 de la Ley 54 de 1990⁸, la actora no aportó ningún documento que demuestre la sociedad conyugal conformada con el fallecido Hugo Clemente Alvarado Montañez (folios 37 a 40).

De lo probado en el proceso

- De acuerdo con la Partida de Bautismo que obra a folio 61, se evidencia que la señora Carmen Elisa Caballero Gómez fue bautizada el 2 de marzo de 1933 en la Parroquia de Molagavita.
- A folio 172 se encuentra la Partida de Matrimonio de los señores Hugo Clemente Alvarado Méndez (Q.E.P.D.) y Concepción Montañez Buitrago, quienes contrajeron nupcias el 16 de abril de 1945 en la ciudad de Pamplona, Norte de Santander.

⁸ "(...) **Artículo 2o.** Se presume sociedad patrimonial entre compañeros permanentes y hay lugar a declararla judicialmente en cualquiera de los siguientes casos:

a) Cuando exista unión marital de hecho durante un lapso no inferior a dos años, entre un hombre y una mujer sin impedimento legal para contraer matrimonio;

b) Cuando exista una unión marital de hecho por un lapso no inferior a dos años e impedimento legal para contraer matrimonio por parte de uno o de ambos compañeros permanentes, siempre y cuando la sociedad o sociedades conyugales anteriores hayan sido disueltas y liquidadas por lo menos un año antes de la fecha en que se inicio la unión marital de hecho.

(...)"

- A folio 51 se evidencia el Registro de Defunción del señor Hugo Méndez Alvarado (Q.E.P.D.), quien falleció el 23 de diciembre de 1994 en la ciudad de Cúcuta, Norte de Santander.
- A folios 52 a 60 se encuentran los registros civiles de nacimiento de los señores Luz Marina, Itala Clemencia, Miguel Antonio, Sergio, Facundo, Claudia, Amanda, Leonardo y Jimena Alvarado Caballero, quienes son los hijos del señor Hugo Clemente Alvarado Méndez.
- Por medio de la Resolución No. 07229 de 29 de junio de 1995, el Subsecretario General del Ministerio de Defensa Nacional, reconoció una pensión mensual de beneficiarios, a partir del 23 de diciembre de 1994, a la señora Concepción Montañez de Alvarado, de conformidad con el artículo 124 de Decreto 1214 de 1990 (folios 62 y 63).
- Mediante escrito visible a folios 44 a 50 el apoderado de la actora solicitó al Ministerio de Defensa, que fuera revocada la Resolución No. 1502 de 26 de abril de 2002 para que en su lugar reconociera la sustitución pensional a la señora Carmen Elisa Caballero Gómez. Para el efecto tuvo en cuenta el artículo 111 del Decreto 1029 de 1994, en cual se reconocen algunos derechos para el cónyuge o compañera permanente (artículo 110 *ibídem*) e hijos de los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional.
- El *A quo*, dentro de las audiencias celebradas los días 4 de agosto y 10 de noviembre de 2009, recibió el testimonio de las siguientes personas:
 - ~ Claudette Suárez Ramírez, quien era vecina de la demandante, manifestó que la señora Caballero Gómez y el señor Hugo Alvarado no eran casados, pero que convivían juntos con sus hijos, e incluso, con los 3 hijos que eran solamente del señor Alvarado Méndez; adicionalmente indicó que desde que nació el primer hijo de ellos hasta el día de su fallecimiento mantuvieron una relación (folios 196 a 198).
 - ~ María Josefa Lara de Urbina, vecina y amiga de la señora María Concepción Montañez, sostuvo que no conocía de la vida íntima que podrían haber tenido la cita señora con el señor Alvarado Méndez, pues se

hicieron muy amigos en el año de 1948 y posteriormente se dejaron de ver (folios 199 y 200).

- ~ Carmen Elisa Caballero Gómez, manifestó que con el señor Hugo Clemente Alvarado Méndez (Q.E.P.D.) tuvo 10 hijos durante la relación que mantuvieron y del dinero que él recibía, mantenía su hogar y le enviaba a sus otros 3 hijos que tenía con la señora Concepción Montañez. Adicionalmente indicó, que nunca había obtenido la declaratoria judicial de la existencia de la unión marital de hecho con el señor Alvarado Méndez (Q.E.P.D.) porque no tenían conocimiento de ello, y que su intención es que le sea reconocido, a través de la pensión de sobrevivientes, el haber estado con el citado señor durante varios años (folios 212 a 214).
- ~ Hugo Oswaldo Alvarado Montañez, hijo de los señores Concepción Montañez y Hugo Clemente Alvarado Méndez (Q.E.P.D.), sostuvo que la señora Carmen Elisa Caballero Gómez fue la persona con quien convivía su padre y se encargó de su cuidado en el tiempo que estuvo viviendo en la ciudad de Cúcuta. Indicó que su padre y su madre no volvieron a estar juntos y que la persona que siempre acompañó al señor Alvarado Méndez (Q.E.P.D.) fue la demandante, incluso, hasta el momento de su muerte (folios 217 y 217A).
- ~ Yesmin Alvarado Montañez, hija de los señores Concepción Montañez y Hugo Clemente Alvarado Méndez (Q.E.P.D.), manifestó que la señora Carmen Elisa Caballero Gómez fue la compañera permanente de su papá “(...) desde toda la vida (...)”, y que su padre era quien asumió los gastos de ella siempre (folios 263 a 265).

ANÁLISIS DE LA SALA.

Normatividad aplicable.

La normatividad que rige el presente asunto es el Decreto Ley 1214 de 1990 el cual en virtud de lo dispuesto por el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, hace parte del denominado régimen de excepción, según el cual, el Sistema Integral de Seguridad Social contenido en esta Ley 100, no se aplica al personal civil del Ministerio de Defensa y la Policía Nacional.

Prescriben los artículos 124 y 125 sobre sustitución pensional de aquellos empleados, lo siguiente:

“(…) ARTÍCULO 124. RECONOCIMIENTO Y SUSTITUCIÓN DE PENSIÓN. Al fallecimiento de un empleado público del Ministerio de Defensa o de la Policía Nacional, con derecho a pensión o en goce de ésta, sus beneficiarios, en el orden y proporción establecidos en este Estatuto, tienen derecho a percibir la respectiva pensión del causante, así:

a. En forma vitalicia, para el cónyuge sobreviviente y los hijos inválidos absolutos que dependan económicamente del empleado o pensionado.

b. Para los hijos menores, hasta cuando cumplan la mayoría de edad.

c. Para los demás beneficiarios por el término de cinco (5) años.

PARÁGRAFO 1o. El reconocimiento de pensión por causa de muerte de un empleado público al servicio del Ministerio de Defensa o de la Policía Nacional, que haya consolidado ese derecho, se hará sin perjuicio del reconocimiento de las demás prestaciones sociales consolidadas por el causante.

PARÁGRAFO 2o. Al cónyuge supérstite de un pensionado del Ministerio de Defensa o de la Policía Nacional y a sus hijos menores o inválidos absolutos que hayan tenido el derecho causado o hayan disfrutado de la sustitución pensional prevista en la Ley 171 de 1961 y los Decretos 351 de 1964 y 2339 de 1971, se les restablecerá a partir del 1o. de enero de 1976 el derecho a continuar percibiendo la pensión del causante en la forma consagrada en este artículo.

ARTÍCULO 125. EXTINCIÓN DE PENSIÓN. Las pensiones que se otorguen por fallecimiento de un empleado público del Ministerio de Defensa o de la Policía Nacional en servicio activo o en goce de pensión, se extinguirán para el cónyuge si contrae nupcias o hace vida marital, o cuando por su culpa no viviere unido al empleado o pensionado en el momento de su fallecimiento; y para los hijos, por muerte, matrimonio, independencia económica o por haber llegado a la edad de veintiún (21) años, salvo los inválidos absolutos que dependan económicamente del empleado o pensionado y los estudiantes hasta la edad de veinticuatro (24) años. La extinción se irá decretando a partir de la fecha del hecho que la motiva y por la porción correspondiente.

La porción del cónyuge acrecerá a la de los hijos y la de éstos entre sí y a la del cónyuge, en los demás casos no habrá derecho a acrecimiento.”

De la anterior disposición se deriva, que dentro del orden de beneficiarios de dicha prestación, la compañera permanente del pensionado fallecido no se encuentra señalada; sin embargo, ha de entenderse que está contemplada en dicho orden, por mandato del artículo 13⁹ y 42 de la Constitución Política.

La Subsección “A” de la Sección Segunda de esta Corporación, mediante sentencia de 31 de enero de 2008, expediente No. 0437-00, M. P. Dr. Alfonso Vargas Rincón, analizó la evolución normativa de la protección a las compañeras

⁹ *“(…) Artículo 13. Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.*

El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados.

El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan.

(…)”. (Lo subrayado es de la Sala).

permanentes, en cuanto pueden acceder a la sustitución pensional con la normatividad prevista en la Régimen General, así:

“(...) La Ley 33 de 1973 previó el derecho a la sustitución pensional a favor de la viuda. Por su parte, la Ley 12 de 1975 preceptuó en su artículo 1º que el cónyuge supérstite o la compañera permanente de un trabajador particular o de un empleado o trabajador del sector público, tendrían derecho a la pensión de jubilación si este falleciere.

Posteriormente, la Ley 71 de 1988 determinó que se extendían las provisiones de la sustitución pensional en forma vitalicia al cónyuge o a la compañera (o) permanente que dependiera económicamente del pensionado y finalmente la Ley 100 de 1993 previó como beneficiarios de la pensión de sobrevivientes en forma vitalicia al cónyuge o a la compañera permanente.

Así entonces, sin duda, la legislación aplicable a los pensionados del régimen general protegieron y protegen actualmente a las (os) compañeras (os) permanentes en tanto ellos pueden acceder a la sustitución pensional, lo que lleva a la conclusión de que si la norma prevista para el régimen especial de las Fuerzas Militares contiene esa discriminación coloca en desventaja a un grupo de personas que, conforme al régimen general tienen el derecho a ser beneficiarios de la sustitución pensional, y por tal razón debe acudir a las provisiones de la Ley 100 de 1993, máxime cuando la muerte del causante ocurrió con posterioridad a su vigencia.

Tratándose de sustitución pensional, con posterioridad a la expedición de la Ley 100 de 1993, lo que debe probarse es que se hizo vida marital cuando menos por dos años desde cuando el causante cumplió con los requisitos para tener derecho a la pensión y hasta su muerte, salvo que se haya procreado uno o más hijos con el pensionado fallecido. (...)” (Subrayado por fuera de texto).

La Corte Constitucional¹⁰ declaró exequible el literal b) del artículo 13 de la Ley 797 de 2003, que modificó el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, en el entendido de que además de la esposa o esposo, serán también beneficiarios, la compañera o compañero permanente y la pensión se dividirá entre ellos (as) en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido, en los siguientes términos:

“(...) El artículo 13 de la Ley 797 de 2003 que modifica los artículos 47 y 74 de la Ley 100 de 1993, señala quiénes son los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes y contempla una serie de condiciones que deben cumplirse para que el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite tenga derecho a la pensión de sobrevivientes, en caso de que se presente la situación excepcional de la convivencia simultánea en los últimos cinco años previos al fallecimiento del causante, disposición sobre la que la Corte declara su constitucionalidad condicionada, en el entendido que además de la esposa o esposo, también es beneficiario de la pensión de sobrevivientes, el compañero o compañera permanente y dicha pensión se dividirá entre ellos (as) en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido.

(...)

El requisito de la convivencia simultánea, para determinar el beneficiario de la pensión de sobreviviente tiene que ver con la convivencia caracterizada por la clara e inequívoca vocación de estabilidad y permanencia, esto es, que ocurran al mismo tiempo la convivencia del causante con el respectivo cónyuge y con el compañero o compañera permanente durante los cinco años previos a la muerte

¹⁰ Sentencia C-1035 de 22 de octubre de 2008. M. P. Dr. Jaime Córdoba Triviño, Actora: Linda María Cabrera Cifuentes.

del causante y excluye de antemano las relaciones casuales, circunstanciales, incidentales, ocasionales, esporádicas o accidentales que haya podido tener en vida el causante, como tampoco se refiere a aquellas situaciones en las cuales el causante convivió con diversas personas de forma sucesiva (no simultánea), situación que tiene su regulación especial.

(...)

La pensión de sobrevivientes es un derecho revestido por el carácter de cierto, indiscutible e irrenunciable, y constituye para sus beneficiarios un derecho fundamental.

(...)

El propósito perseguido por la Ley al establecer la pensión de sobrevivientes ha sido el 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.

(...)

Teniendo en cuenta que con la pensión de sobrevivientes se garantizan derechos constitucionales de carácter fundamental, las disposiciones destinadas a regular los aspectos relacionados con esta prestación asistencial, de ningún modo, podrán incluir expresa o implícitamente tratos discriminatorios que dificulten el acceso a ésta, dada su especial dimensión constitucional.

(...)"

La aplicación e interpretación de la mencionada normatividad debe hacerse atendiendo lo previsto en la Constitución Política de 1991, a partir de la cual tomó especial importancia bajo un marco de igualdad jurídica y social, la familia constituida por vínculos naturales, que para su protección, es irrelevante su origen o fuente de conformación bien sea matrimonio o unión de hecho, como lo ha sostenido la Corte Constitucional¹¹.

Este criterio fue expresado por la Sala, en Sentencia del 28 de agosto de 2003 M. P. Dr. Jesús María Lemos Bustamante, al definir la sustitución pensional en el régimen prestacional de la Fuerza Pública.

"(...) Este cambio consiste en que debe reconocerse a la compañera permanente el derecho a la sustitución pensional. Los artículos 13 y 42 de la Constitución Política permiten afirmar la legitimidad de la compañera permanente para reclamar su derecho a la sustitución pensional. Ella goza de los mismos derechos prestacionales que le corresponden a la cónyuge supérstite, posición que fue afirmada por los desarrollos normativos ulteriores en materia de régimen de personal de la Policía Nacional.

En este sentido puede verse el artículo 110 del Decreto 1029 de 1994, por el cual se expidió el Régimen de asignaciones y prestaciones para el Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional, que, en lo pertinente, dice:

(...)

Si bien el Decreto 1029 de 1994, que reconoce a la familia de hecho, puede aplicarse, en principio, sólo al Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional, el artículo 111 de esta misma disposición extendió los alcances del concepto de familia de hecho a todos los miembros de la Fuerza Pública, lo cual constituye una determinación que respalda el derecho de los compañeros permanentes para reclamar la sustitución pensional."

¹¹ C-595 de 1996, T-660 de 1998, entre otras.

“Se agrega a lo anterior que otras disposiciones de alcance general ya reconocían a la compañera permanente como beneficiaria de la sustitución pensional, tal como aparece en las leyes 12 de 1975 (artículo 1º), 113 de 1985 (artículo 2º), 71 de 1988 (artículo 3º) y 100 de 1993 (artículo 74). Estos desarrollos normativos permiten advertir una tendencia muy clara del derecho colombiano respecto al reconocimiento pleno de los derechos de los compañeros permanentes”¹².

Posteriormente esta Subsección¹³ dirimió un caso similar en cuyo litigio co-existían la esposa y compañera permanente del causante, probándose la convivencia simultánea de las titulares del derecho. Advirtió la Sala:

(...)

Así, en criterio de la Sala, debe aceptarse que el causante compartió su vida con los dos grupos familiares en forma simultánea. Constituye un hecho cierto y probado, la voluntad de Jaime Aparicio Ocampo de mantener vínculos afectivos, de apoyo mutuo, solidario y de respaldo económico con su esposa MARÍA LILIA ALVEAR CASTILLO, y a la vez con la señora FANORY PIMENTEL CULMAN, a quienes los terceros consideraban por el trato como su respectiva compañera de hogar.

La prueba testimonial con la que se acreditan los supuestos que dan muestra tanto de la convivencia con su esposa como con su compañera no fue controvertida por cada una de las interesadas, teniendo la oportunidad procesal para ello. Bajo este supuesto, valorada la prueba de acuerdo con los principios de la sana crítica, para la Sala no existen razones que induzcan a desvirtuar su contenido y a restarle valor o mérito afectando su eficacia probatoria.

(...)

Por estas razones, bajo un criterio de justicia y equidad y en consideración a 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, en el caso concreto, habiéndose acreditado una convivencia simultánea, se resolverá el conflicto concediendo el 50% restante de la prestación que devengaba el extinto agente Jaime Aparicio Ocampo, distribuido en partes iguales entre la cónyuge y la compañera permanente, con quienes convivió varios años antes de su muerte, procreó hijos y a quienes prodigaba ayuda económica compartiendo lo que recibía a título de asignación mensual de retiro.

No existen razones que justifiquen un trato diferente al que aquí se dispone pues concurre el elemento material de convivencia y apoyo mutuo, de manera simultánea, por voluntad propia del causante, en cabeza de la cónyuge y de la compañera. (...)”

Mediante Providencia¹⁴ esta Sección, Subsección “B”, sostuvo la misma línea Jurisprudencial, ordenando distribuir la asignación de retiro materia de controversia entre la esposa y la compañera permanente del causante dado que se presentó una convivencia simultánea. En esta oportunidad la Sala, sostuvo:

¹² Referencia: 200012331000199803804 01 No. Interno: 6082-2002 Actor: María Quintina García Castilla.

¹³ Sentencia de 20 de septiembre de 2007, M. P. Dr. Jesús María Lemos, Actor: María Lilia Alvear Castillo, Exp. No. 2410-04.

¹⁴ Sentencia de 20 de agosto de 2009, M. P., Dra. Bertha Lucía Ramírez de Páez, Exp. No. 3564-2000, Actora: Piedad Victoria Trejos Toro.

“(...) Sin embargo, la aplicación de tal normatividad debe adecuarse a las condiciones actuales de la sociedad en la que no sólo se protege a la familia concebida bajo el vínculo matrimonial sino también a la que surge de la convivencia permanente o unión de hecho. Así lo consagra la Constitución Política en sus artículos 5 y 42 cuando ampara a la familia como institución básica de la sociedad y garantiza su protección integral. En virtud de esta protección constitucional la normatividad actual¹⁵ sobre sustitución pensional no sólo se fundamenta en la vigencia de un vínculo matrimonial o la comprobación de uno natural, que antes no tenía el mismo trato, sino que también tiene en cuenta la convivencia efectiva en pareja durante los últimos años de vida del causante y regula situaciones que las normas anteriores no preveían, por ejemplo, la vigencia de una sociedad conyugal anterior a una unión de hecho y la convivencia simultánea. (...)”

Con el anterior antecedente Jurisprudencial y con base en los artículos 13, 42 y 48 de la Constitución Política, los derechos a la Seguridad Social comprenden de la misma manera tanto al cónyuge como al compañero o compañera permanente. 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.

Del concepto tradicional de familia y su evolución

Para el Despacho, resulta de vital importancia precisar la evolución de concepto de familia en la legislación colombiana, durante el siglo XX, y su incidencia concreta en el sistema de seguridad social en pensiones.

Para el efecto se debe señalar en primer lugar que, la protección del sistema jurídico a la familia surge por los vínculos del matrimonio. De hecho, en la concepción legal del derecho civil, en el matrimonio los cónyuges *“están obligados a guardarse fe, a socorrerse y ayudarse mutuamente, en todas las circunstancias de la vida”*. Además, *“los cónyuges tienen la obligación de vivir juntos”*; ambos tienen conjuntamente la dirección del hogar y fijan de común acuerdo la residencia conyugal. Adicionalmente, *“por el hecho del matrimonio se contrae la sociedad de bienes entre los cónyuges”*¹⁶. Esta concepción está desde luego vigente, pero no como la única fuente de los derechos entre las parejas y de los miembros de ésta con respecto a los hijos.

¹⁵ Ley 100 de 1993, artículo 47, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003.

¹⁶ Código Civil artículos 176 a 180, modificados por el Decreto Ley 2820 de 1974

El concepto original de familia, con las posteriores y graduales modificaciones que se introdujeron¹⁷, se aplicó en todos los aspectos del ordenamiento jurídico, a tal punto, que en materia laboral y pensional, las normas sobre sustitución pensional conferían el derecho al cónyuge sobreviviente en forma exclusiva.

Cuando las normas pensionales establecieron el derecho a la sustitución pensional, siempre lo concibieron atado a la condición de que la mujer beneficiaria de la misma no contrajera nuevas nupcias o que no hiciera “*vida marital*”. Fue solamente a partir de la Constitución de 1991, que se discutió la constitucionalidad de las normas que establecieron este “absurdo” requisito de fidelidad a un cónyuge fallecido.

En efecto, hacia los años 70 del siglo XX, el sistema jurídico fue dando paso al reconocimiento pleno de la familia de hecho en Colombia, es decir, aquella que se constituye como realidad sociológica y sin formalización del vínculo entre la pareja.

Específicamente, la legislación del sector oficial relativa a la sustitución pensional, no solamente cambió la concepción de género respecto de los beneficiarios de la pensión, sino que extendió el derecho de sustituirla a la pareja de hecho. Lo anterior, por cuanto mientras la Ley 33 de 1973¹⁸ le brindó un trato especial a las viudas, la Ley 12 de 1975¹⁹ tuvo en cuenta una nueva situación, al momento en que consagró el disfrute de la prestación para cualquiera de los cónyuges, hombre o mujer, a fin de que se pudiera sustituir al cónyuge fallecido cuando éste hubiera cumplido el tiempo de servicio.

El Consejo de Estado en Sentencia de 29 de abril de 1980²⁰, al reconocer los derechos de la pareja de hecho, en un caso de responsabilidad reclamado por la mujer por fallecimiento de su compañero, realizó un estudio extenso del concubinato en el cual se destacó, entre otras cosas, que desde el punto de vista

¹⁷ Leyes 28 de 1932 y 45 de 1936, Decreto 2820 de 1974, Ley 1 de 1976, Ley 29 de 1982, Decreto 2668 de 1988 y Ley 54 de 1990.

¹⁸ “(...) Fallecido un trabajador particular pensionado o con derecho a pensión de jubilación, invalidez o vejez, o un empleado o trabajador del sector público, sea este oficial o semioficial con el mismo derecho, su viuda podrá reclamar la respectiva pensión en forma vitalicia (...)”.

¹⁹ “(...) El cónyuge supérstite o la compañera permanente de un trabajador particular o de un empleado o trabajador del sector público, y sus hijos menores o inválidos, tendrán derecho a la pensión de jubilación del otro cónyuge si éste falleciere antes de cumplir la edad cronológica para esta prestación, pero que hubiere completado el tiempo de servicio consagrado para ella en la Ley, o en convenciones colectivas (...)”.

²⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de abril 29 de 1980. Consejero Ponente: Jorge Valencia Arango

civil no había familia legítima ni familia natural, pero que sin embargo, desde el punto de vista moral católico, la unión libre era considerada como un “pecado”. Fue así, que se llegaron a conclusiones que para aquella época resultaban ser apremiantes, si se tiene en cuenta que estaban desamparadas aquellas personas que no cumplían con aquel requisito religioso, o incluso, legal para conformar un hogar.

Posteriormente, el Legislador en aras de remediar las injusticias generadas por la falta de regulación de la sociedad patrimonial surgida de las uniones de hecho, situación que afectaba principalmente a las mujeres, expidió la Ley 54 de 1990 *“por la cual se definen las uniones maritales de hecho y el régimen patrimonial entre compañeros permanentes; no obstante, tan necesario era adaptar la normativa jurídica en relación con la familia a la realidad social existente, que a la Asamblea Nacional Constituyente se llevaron sendos estudios con el fin de reconocer jurídicamente la existencia de la unión de hecho y regular sus efectos*²¹.

Como resultado de lo anterior, en el artículo 42 de la Constitución Política de 1991, se produjo un cambio significativo en el concepto de familia en Colombia, pues si bien se rescató lo establecido en la Carta de 1886, referente a que la familia es el núcleo fundamental de la sociedad, se dispuso que ésta podría conformarse no sólo por la **decisión libre** de un hombre y una mujer de contraer matrimonio, sino que también, por la voluntad responsable de conformarla, quiere decir, que se le brindó igual tratamiento a la familia de facto que a la conformada mediante un acto contractual de carácter marital, solemne y formal.

La Corte Constitucional desde sus primeros pronunciamientos ha sostenido, que la discriminación se produce en aquellos eventos en los que existe una diferencia de trato que no encuentra ningún fundamento constitucional que tenga un carácter objetivo y razonable, en ese sentido *“(…) de acuerdo a los artículos 5 y 42 de la*

²¹ En el informe-ponencia para primer debate del que entonces se codificó como artículo 42 de la Constitución Política, se consignaron las siguientes consideraciones: (Gaceta Constitucional No. 85. Pág. 5):

“(…) Interpretando una necesidad nacional debe reflejarse en la Constitución la realidad en que vive hoy más de la cuarta parte de nuestra población. Se deben complementar las normas legales vigentes sobre «uniones maritales de hecho y régimen patrimonial entre compañeros permanentes.»

Debido a cambios de mentalidad, a problemas en la primera unión y al acomodamiento económico y social de las gentes, se ve cómo desde 1900 tiene un incremento sostenido la unión libre. En la generación de la primera década de ese siglo, se encuentra un 10% de las familias en esta situación; en la generación del 40 encontramos un 26%; en la del 50 pasa al 30% y en la de 1960 a 1964 asciende a un 45.5%, según indica la obra “La Nupcialidad en Colombia, evolución y tendencia” de las investigadoras Lucero Zamudio y Norma Rubiano”.

*Constitución, la igualdad que propugna la Carta entre las uniones familiares surgidas de vínculos naturales y la conformada por vínculos jurídicos, abarca no sólo al núcleo familiar como tal, sino también a cada uno de los miembros que lo componen (...)*²²

Por su parte, el Consejo de Estado ha resguardado el principio de igualdad entre cónyuges supervivientes y compañeras permanentes, puesto que si era la familia un interés jurídico a proteger, no era jurídicamente admisible privilegiar un tipo de vínculo específico al momento de definir quien tiene el derecho a este beneficio. Bajo ese contexto, se fue perfilando el derrotero jurisprudencial que se marcaría hacia el futuro, pues indicó que primaría 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 titular²³.

En efecto, si bien la familia puede surgir como un fenómeno natural producto de la decisión libre de dos personas, lo cierto es que son las manifestaciones de solidaridad, fraternidad, apoyo, cariño y amor, los que estructuran y le brindan cohesión a la institución; por ende, se puede afirmar, que ha dejado de ser una institución ancestral estructurada sobre conceptos eminentemente biológicos y religiosos, para transformarse en organismos sociales que pueden presentar diversas manifestaciones o integraciones.

Justamente, en desarrollo de esa manifestación libre y espontánea, se ha llegado al punto de exhortar al Legislador²⁴ para que determine la manera de cómo se puede formalizar y solemnizar un vínculo jurídico entre integrantes de las parejas del mismo sexo que libremente quieran recurrir a él, pues para nadie es un secreto que la homosexualidad se ha tornado más visible a través de los tiempos y actualmente goza de mayor aceptación por parte de la sociedad.

No obstante, a pesar de que efectivamente las parejas del mismo sexo aun no cuentan con un respaldo legal para contraer matrimonio, pueden acceder al

²² Corte Constitucional. Sentencias C-016/93 M.P. Ciro Angarita Barón y T-422/92 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, entre otras.

²³ Consejo de Estado, Sentencia de 24 de mayo de 1994, expediente No. 6263, Actor: Ignacio Castilla, M.P. Dr. Diego Younes Moreno.

²⁴ Mediante Sentencia C-577 de 26 de julio de 2011 de la Corte Constitucional, expedientes acumulados D-8367 y D-8376, M. P. Dr. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, se resolvió "(...) **EXHORTAR** al Congreso de la República para que antes del 20 de junio de 2013 legisle, de manera sistemática y organizada, sobre los derechos de las parejas del mismo sexo con la finalidad de eliminar el déficit de protección que, según los términos de esta sentencia, afecta a las mencionadas parejas (...)"

régimen dispuesto en la Ley 54 de 1990 siempre y cuando cumplan con las condiciones previstas para las uniones maritales de hecho, esto es, la comunidad de vida permanente y singular, mantenida por un periodo de al menos dos años, con esta disposición quedó “(...) amparada por la presunción de sociedad patrimonial y sus integrantes pueden, de manera individual o conjunta, acudir a los medios previstos en la ley para establecerla cuando así lo consideren adecuado (...)”²⁵.

Visto lo anterior se puede afirmar que, la Constitución de 1991 lejos de establecer o fijar una sola concepción de familia, avaló con apoyo en los principios de igualdad y de libre desarrollo de la personalidad, la posibilidad de configuración de distintos tipos y clases, todas ellas merecedoras de la protección estatal del artículo 42 superior, tan es así, que la protección que se deriva de ese derecho, comprende no sólo la que esta constituida por el vínculo del matrimonio, sino aquella emanada de la voluntad de establecer una unión marital de hecho; así se tiene entonces que, los derechos de la seguridad social se extienden tanto a cónyuges como a compañeros permanentes.

Entonces, no se puede censurar o reprochar a quien en uso de su libertad conformó una unión marital de hecho, como quiera que el concepto de familia ha evolucionado a través del tiempo, a tal punto, que lo que realmente interesa en nuestro Estado Social de Derecho es la protección efectiva y garantista que respete los derechos de las personas en un verdadero y real sentido de igualdad.

Descendiendo este panorama al reconocimiento de la sustitución pensional o pensión de sobrevivientes (según la Ley 100 de 1993), se tiene que es indiferente cualquier distinción que se realice en cuanto a la conformación de familia, puesto que lo realmente importante es el compromiso de apoyo afectivo, la comprensión mutua existente entre la pareja al momento de la muerte de uno de ellos y la convivencia efectiva.

De las anteriores premisas se debe partir, para dilucidar sí la demandante Carmen Elisa Caballero Gómez, en calidad de compañera permanente, tiene derecho o no a que se le sustituya la pensión del señor Hugo Clemente Alvarado Méndez, quien ha dejado a su fallecimiento una cónyuge sobreviviente.

²⁵ La Corte Constitucional en Sentencia C-075 de 7 de febrero de 2007, declaró la exequibilidad de la Ley 54 de 1990, tal como fue modificada por la Ley 979 de 2005, en el entendido que el régimen de protección en ella contenido se aplica también a las parejas homosexuales.

Caso Concreto

Se encuentra probado en el proceso, a través de testimonios, la convivencia entre el señor Hugo Clemente Alvarado Méndez (Q.E.P.D.) y Carmen Elisa Caballero Gómez durante los últimos años de vida del pensionado y hasta su fallecimiento. En ese sentido la Sala considera que como 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 desamparadas y abandonadas económicamente y teniendo en cuenta que, en el caso concreto, no se acreditó convivencia simultánea del causante tanto con su cónyuge como con su compañera permanente, la sustitución de la pensión de invalidez que devengaba el pensionado corresponde en el 100% a la señora Caballero Gómez, con quien estuvo más de 38 años antes de su muerte y consolidó un grupo familiar.

En efecto, al valorar el material probatorio allegado, cuyas pruebas testimoniales son pertinentes, conducentes e idóneas; encuentra la Sala acreditados los supuestos²⁶ que legitiman el derecho **sólo** a la actora, por ser ella quien acreditó plenamente la comunidad de vida que sostuvo con su compañero permanente, el señor Hugo Clemente Alvarado Méndez (Q.E.P.D.).

Basta con examinar las declaraciones de los señores Hugo Oswaldo y Yesmin Alvarado Montañez, hijos de Concepción Montañez y Hugo Clemente Alvarado Méndez (Q.E.P.D.), pues indicaron que la señora Carmen Elisa Caballero Gómez fue con quien convivió su padre y estuvo pendientes de sus cuidados.

Por otra parte, la cónyuge supérstite no acreditó que hubiera acompañado a su esposo los últimos años de vida o que hubieran compartido situaciones de apoyo y ayuda mutuo; las pruebas allegadas al proceso demuestran todo lo contrario, habida cuenta que el hijo de la señora Concepción manifestó que después de la separación de cuerpos, su madre nunca volvió a estar al lado de su padre, ni veló por sus cuidados ya que se fue a vivir a la ciudad de Bogotá.

Adicionalmente se evidencia, que el apoderado de la citada señora manifestó dentro de la contestación de la demanda, que *“(e)l abandono del hogar por parte de*

²⁶ 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.

mi procurada se produjo por culpa del señor Hugo Alvarado Méndez, quien para la fecha se encontraba conviviendo con la persona que hoy funge como actora en éste proceso (...)”, con lo cual se puede concluir que el causante y la cónyuge supérstite no volvieron a estar juntos después de la separación.

Entonces, si bien es cierto existió un acto contractual de carácter marital, solemne y formal entre el señor Hugo Clemente Alvarado Méndez (Q.E.P.D.) y la señora Concepción Montañez, también lo es que, quién tiene el derecho a la sustitución pensional es la señora Caballero Gómez, por ser quien compartió su vida con el pensionado durante sus últimos años, lo acompañó y socorrió durante su vejez hasta su muerte. En otras palabras la compañera supérstite del pensionado fallecido, demostró con él su convivencia plena, permanente y singular, con el ánimo de conformar un núcleo familiar, pues además de que tuvieron 10 hijos, mantuvieron una cohabitación en la que estuvo presente su apoyo afectivo y comprensión de pareja, como si se tratara de un matrimonio.

Por lo anterior, el fallo que negó las súplicas de la demanda amerita ser revocado para en su lugar acceder a la prestación solicitada. En esas condiciones, teniendo en cuenta que la actora presentó la reclamación el 15 de septiembre de 2001²⁷, el derecho se reconocerá en un 100% a partir del 15 de septiembre de 1997, por efectos de la prescripción cuatrienal establecida en el artículo 129 del Decreto 1214 de 1990²⁸.

De otro lado, en cuanto al argumento que propuso la tercera interesada respecto del pago de los intereses moratorios de conformidad con artículo 177 del C.C.A.²⁹, se debe afirmar que la jurisprudencia de la Sección Segunda de esta Corporación ha manifestado que *“en razón a que tanto la indexación como el reconocimiento de intereses moratorios obedecen a la misma causa, cual es la devaluación del dinero, son incompatibles”*³⁰, por lo tanto, si se ordena el reconocimiento de intereses por mora concomitantemente con la indexación, se estaría condenando a la entidad a

²⁷ Información tomada del libelo introductorio.

²⁸ “(...) **ARTÍCULO 129. PRESCRIPCIÓN.** El derecho a reclamar las prestaciones sociales consagradas en este estatuto prescribe a los cuatro (4) años, que se cuentan desde la fecha en que la respectiva prestación se hace exigible. El reclamo escrito recibido por entidad competente sobre un derecho o prestación determinada interrumpe la prescripción, pero solo por un lapso igual (...).”

²⁹ “(...) <Apartes tachados INEXEQUIBLES> Las cantidades líquidas reconocidas en tales sentencias devengarán intereses comerciales ~~durante los seis (6) meses siguientes a su ejecutoria y moratorias después de este término (...)~~”.

³⁰ Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección B. Sentencia del 3 de septiembre del 2009. Expediente 2001-03173.

un doble pago por la misma causa.³¹

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

REVÓCASE la Sentencia de 31 de enero de 2013 proferida por el Tribunal Administrativo de Norte de Santander, que declaró probada de oficio la excepción de inepta demanda y como consecuencia se inhibió para decidir las pretensiones de la demanda incoada por Carmen Elisa Caballero Gómez contra la Nación – Ministerio de Defensa y Concepción Montañez de Alvarado, en su calidad de tercera interesada en las resultas del proceso. En su lugar se dispone:

DECLÁRASE la nulidad de las Resoluciones Nos. 1502 de 26 de abril de 2002, en cuanto declaró que no había lugar al reconocimiento y pago a favor de la señora Carmen Elisa Caballero Gómez, en calidad de presunta compañera permanente del señor Hugo Clemente Alvarado Méndez (Q.E.P.D.); 0950 de 27 de junio de 2003 que desató el recurso de reposición, confirmando la anterior determinación.

CONDÉNASE a la Nación – Ministerio de Defensa Nacional, a reconocer y pagar el 100% de la sustitución de la pensión de invalidez del señor Hugo Clemente Alvarado Méndez (Q.E.P.D.), a la señora Carmen Elisa Caballero Gómez, a partir del 15 de septiembre de 1997, de acuerdo con la parte motiva de esta providencia.

ORDÉNASE a la entidad demandada que sobre las sumas de condena reconozca y pague a favor de la beneficiaria los ajustes de valor, conforme al índice de precios al consumidor o al por mayor, tal como lo autoriza el artículo 178 del C.C.A. dando aplicación a la siguiente fórmula:

$$R= R.H. \frac{\text{ÍNDICE FINAL}}{\text{ÍNDICE INICIAL}}$$

³¹ Ver: Consejo de Estado. Sección Segunda, Subsección "A", Sentencia del 22 de octubre de 1999, radicado No.949/99, C. P. Dr. Alberto Arango Mantilla y Consejo de Estado, Sección Segunda. Subsección "B". Sentencia del 1° de abril de 2004. Expediente. 1998-0159; C. P. Dr. Jesús María Lemus Bustamante.

En la que el valor presente R se determina multiplicando el valor histórico (R.H.), que es lo dejado de percibir por las beneficiarias, 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 al momento en que se causó cada mesada.

Por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará separadamente mes por mes sobre el porcentaje de la sustitución pensional desde el 15 de septiembre de 1997, teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente a esa fecha.

Dése cumplimiento a la sentencia en los términos de los artículos 176 y 177 del C.C.A.

NIÉGANSE las demás pretensiones de la demanda, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia

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.

BERTHA LUCÍA RAMÍREZ DE PÁEZ

GERARDO ARENAS MONSALVE

(Ausente en comisión)

GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN