



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN “B”

CONSEJERO PONENTE: GERARDO ARENAS MONSALVE

Bogotá, D.C., veintinueve (29) de febrero de dos mil dieciséis (2016).

Expediente:g 25000-23-25-000-2006-05009-01
Referencia: 1858-2008

Actora: MARLENE POTES DELGADO

**Demandado: FONDO DE PREVISIÓN SOCIAL DEL
CONGRESO DE LA REPÚBLICA –FONPRECON**

AUTORIDADES NACIONALES

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del 3 de abril de 2008, mediante la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Subsección B negó las pretensiones de la



demanda presentada por la señora Marlene Potes Delgado contra el Fondo de Previsión Social del Congreso de la República.

ANTECEDENTES

La señora Marlene Potes Delgado, a través de apoderado, en ejercicio de la acción prevista en el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo, solicita la nulidad de las Resoluciones No. 1225 del 30 de agosto de 2005 que le negó el reconocimiento de una pensión de sobreviviente y No. 1999 del 12 de diciembre de 2005 que al resolver el recurso de reposición, confirmó la decisión de negar el reconocimiento pensional.

Como consecuencia de tal declaración y a título de restablecimiento del derecho, pide que se ordene a la entidad demandada, el reconocimiento y pago de la sustitución pensional *post mortem*, que se causó por el fallecimiento del Doctor Rodrigo Hernando Turbay Cote, en su condición de compañero permanente.

Así mismo solicita el pago de las mesadas pensionales causadas desde que se causó el derecho al reconocimiento pensional, el 4 de mayo de 1997.

Los hechos de la demanda se resumen así:

Indica la actora que el 4 de octubre de 2004, alegando la condición de compañera permanente, presentó ante la entidad accionada, la solicitud de reconocimiento y



pago de la sustitución pensional, con ocasión del fallecimiento del Doctor Rodrigo Hernando Turbay Cote, petición que fue negada por Fonprecon mediante la Resolución No. 1225 del 30 de agosto de 2005, contra la cual presentó recurso de reposición que fue negado en Resolución No. 1999 de 2005.

Señala que el Doctor Rodrigo Hernando Turbay Cote fue Representante a la Cámara por el Departamento del Caquetá del 19 de julio de 1986 hasta el 3 de mayo de 1997 *“cuando terminó su actividad parlamentaria al ser secuestrado y asesinado por las FARC-EP”* (fl. 16).

Agrega que el Representante a la Cámara estaba afiliado al Fondo de Previsión del Congreso de la República, al cual realizó los aportes a salud y pensiones.

Expresa que el Doctor Turbay Cote compartió su vida sentimental con la señora Marlene Potes Delgado, teniendo la condición de compañeros permanentes, por siete años y medio, desde 1989 hasta su muerte, el 3 de mayo de 1997. Agrega que son testigos de esta relación los señores Mario Vargas Gómez, Rubén Ortiz Urrea y Jairo Mancilla Mora, quienes eran respectivamente, su conductor, su escolta y un vecino del edificio en el que residían.

Manifiesta que durante los últimos 22 meses que transcurrieron del 18 de junio de 1995 al 3 de mayo de 1997, fecha en la que murió el Doctor Turbay Cote, *“la señora MARLENE POTES DELGADO no pudo compartir ni su vida, ni su lecho, por encontrarse secuestrado, situación tratada y prevista por la Honorable Corte*



Suprema de Justicia, en sentencia 16520 de nov (sic) 29 de 2001, cuando prevé, que no se puede exigir convivencia bajo el mismo techo, cuando existan circunstancias y condiciones que lo impidan” (fl. 18).

Advierte que el Doctor Turbay Cote no pagaba la seguridad social de su compañera permanente, ni ésta era beneficiaria suya, pues por su condición de artista, los pagos lo realizaba la Sociedad de Autores y Compositores de Colombia.

Comenta que la prueba de la relación afectiva que la actora tenía con el Doctor Turbay Cote, *“está plasmada con su puño, letra y si firma, en la dedicatoria que le escribió y firmó en el libro “CAQUETÁ CUATRO DÉCADAS DE LIBERALISMO” (fl. 18).*

Anota que la actora acompañaba al Doctor Turbay Cote, al Departamento del Caquetá en época de campaña.

Indica que la accionante compartió el lecho, su vida marital y conyugal con el Doctor Turbay Cote, en el apartamento 405 del Edificio ubicado en la Carrera 13 No. 46-05. Adiciona que éste pagaba los gastos económicos del hogar, como mercado y servicios públicos, *“dineros que dejaba en su casa o enviaba con su persona de confianza que era su conductor, persona encargada de realizar todas las gestiones, como pago de servicios etc. Así mismo traía de su finca de Florencia –Caquetá, frutas para su casa, quesos y carnes” (fl. 19).* Comenta que durante las estadías en



la ciudad de Bogotá, salían los fines de semana a Girardot, Melgar o Fusagasugá, como lo puede informar el señor Mario Vargas, conductor del Doctor Turbay Cote.

Señala que el Doctor Turbay Cote acompañaba a la demandante en sus presentaciones, como cantante en los centros nocturnos de Bogotá.

Expresa que en el acto de inauguración de la Biblioteca del Congreso de la República, la actora fue una de las artistas invitadas al evento, al que acompañó al Doctor Turbay Cote.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

En la demanda se citaron como normas vulneradas las siguientes:

De la Constitución Política, los artículos 6, 29, 124 y 228.

Del Código Contencioso Administrativo, los artículos 3, 34, 35, 52, 56, 57, 59, 78, 84 y 85.

La Ley 270 de 1996.

Del Código de Procedimiento Civil, los artículos 4 y 252 numeral 3.



Al explicar el concepto de violación en la demanda, se precisa que los actos demandados que negaron a la actora el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes fueron expedidos con fundamento en las declaraciones de las señoras Clemencia Cardozo Medina y Libia Lombana Enriquez, las cuales no fueron rendidas bajo juramento, ni ante Notario.

Señala que las pruebas que solicitó ante la entidad accionada no fueron decretadas y que el Fondo no le permitió controvertir las declaraciones citadas anteriormente.

Aduce que los actos demandados están viciados por falsa motivación pues las declaraciones referidas anteriormente no cumplen con los requerimientos formales y su contenido es falso.

Indica que el Fondo no les dio credibilidad a las declaraciones rendidas ante Notario y que aportó la accionante, que acreditaban su convivencia con el congresista fallecido.

Manifiesta que en los actos acusados, el Fondo cita unas declaraciones según las cuales el congresista fallecido era soltero y no tenía hijos, sin embargo éstas fueron rendidas en otro trámite, el de reconocimiento de cesantías, de modo no obran en la actuación administrativa demandada, hecho que viola el derecho al debido proceso de la actora, ya que no pudo controvertirlas.



Anota que según al Fondo, la actora debe acudir ante la jurisdicción especializada para que se declare la existencia de la unión marital de hecho con el congresista fallecido, hecho que desconoce la Ley 100 de 1993, pues ésta solo exige la calidad de compañera permanente.

CONTESTACIÓN

El Fondo de Previsión Social del Congreso de la República se opuso a las pretensiones de la demanda y sostuvo los siguientes razonamientos (fls. 54 a 62):

Consideró que del análisis del acervo probatorio recaudado en la actuación administrativa, no obra plena prueba que demuestre la real y efectiva convivencia en los términos previstos en el artículo 47 de la Ley 100 de 1993.

Resaltó que según declaraciones extraprocesales de las señoras Clemencia Cardozo Medina y Libia Enríquez Rodríguez, el Doctor Turbay Cote, no hizo vida marital con nadie, ni tuvo compañera permanente, pues vivió en su casa materna y paterna. Adicionó que según la señora Enríquez Rodríguez, antes del secuestro, el congresista tenía una medida de detención domiciliaria, la que cumplió en la residencia materna ubicada en la Calle 92 No. 21-14 apartamento 302 de Bogotá.

Adujo que si bien, la demandante presentó ante la entidad, tres declaraciones extra procesales rendidas ante Notario, según las cuales el causante convivía con la



señora Potes Delgado *“también es cierto que existen otras pruebas que controvierten las anteriores afirmaciones y además inducen directamente a desvirtuar la convivencia entre el hoy causante doctor TURBAY COTE y la señora MARLENE POTE”* (fl. 58).

Afirmó que mediante la Resolución No. 679 del 17 de julio de 1978, se reconoció a la señora Inés Cote de Turbay como madre el congresista fallecido, los salarios, primas, gastos de representación, primas de localización y vivienda, primas de salud, de servicios y de navidad. Indicó que en dicho momento la señora Potes Delgado, no se presentó ante la Cámara de Representantes para efectuar reclamación alguna.

Anotó que la señora Potes Delgado tampoco solicitó la protección del Estado ante el secuestro del congresista.

Resaltó que ante la controversia existente respecto de la convivencia o vida marital entre la actora y el congresista fallecido, el Fondo decidió que no tenía competencia para dirimir este conflicto y en consecuencia negó la pensión de sobrevivientes reclamada por la actora.

Expresó que el concepto de familia *“tiene en cuenta la cohabitación cimentada sobre una real convivencia de pareja, basada en la existencia de lazos de afecto, colaboración y apoyo, factores determinantes para establecer la convivencia*



efectiva que exige la Ley para lograr en forma natural la protección del desprotegido” (fl. 59).

SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Subsección Segunda, Subsección B, en sentencia del 3 de abril de 2008, negó las pretensiones de la demanda, con fundamento en las siguientes razones (fls. 209 a 227):

Consideró que al presente caso se aplica el literal a) del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, dado que el Doctor Turbay Cote falleció el 3 de mayo de 1997, norma que exigía que la compañera permanente hubiera convivido dos años antes de la muerte para ser beneficiaria de la pensión de sobrevivientes.

Precisó que el tiempo de servicios del causante, en la Asamblea Departamental de Antioquia y la Cámara de Representantes fue de 12 años, 5 meses y 13 días.

A partir del literal a) del artículo 47 de la Ley 100 de 1993 y según las sentencias C-389 de 1996¹ y C-1176 de 2001², señaló que el compañero permanente que alegue tener derecho a la pensión de sobrevivientes “*debe demostrar una **convivencia continuada**, es decir, **una comunidad de vida permanente y singular**; y no*

¹ M.P. Alejandro Martínez Caballero

² M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra



únicamente la existencia de un sentimiento afectivo entre el causante y quien pretende alegar el derecho” (fl. 222).

Explicó que para demostrar la condición de compañera permanente con el causante, se debe acudir a los medios de prueba que prevé el Código de Procedimiento Civil.

Destacó que en el proceso está probado que el Representante a la Cámara fallecido, sí sostuvo una relación sentimental con la actora desde el comienzo del año 1990, pero que para la Sala no existía el convencimiento sobre que conviviera en una *“Unión Marital de Hecho, ni que hubiese tenido una relación afectiva estable y permanente; y menos que hubiese convivido **bajo un mismo techo** como si se tratara de personas vinculadas por matrimonio”* (fl. 223). Para llegar a esta conclusión citó los testimonios de Clemencia Cardozo, Mario Vargas Gómez y Libia Lombana Henríquez.

Advirtió que con las referidas declaraciones se prueba que el congresista fallecido antes de su secuestro y cuando estaba con la medida de detención preventiva vivió con su madre. Además agregó el Tribunal que la demandante no solicitó medida alguna de protección del Estado, durante el secuestro del Doctor Turbay Cote.

Resaltó así que las pretensiones de la demanda no tienen vocación de prosperidad, como quiera que en el proceso se demostró que en los últimos años de vida del congresista, éste no convivió con la actora, ya que la simple existencia de un vínculo



sentimental no configura una unión marital de hecho, a partir de la cual se establezca la calidad de compañera permanente de la actora.

Insistió en que para tener derecho a la pensión de sobrevivientes o a la sustitución pensional en calidad de compañera permanente, se requiere acreditar que *“en la última parte de su vida el difunto convivió en forma permanente y continuada con su compañera, dentro de relaciones de amor y afecto”* (fl. 225).

Concluyó que el proceso no se demostró que entre la demandante y el Doctor Turbay Cote hubiera existido una unión marital de hecho y que durante al menos dos años antes del secuestro hubieran convivido bajo el mismo techo.

EL RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandante interpuso recurso de apelación contra el anterior fallo, con base en los argumentos que se pasan a resumir (fls. 228 a 231):

Alegó que en la primera instancia la señora Clemencia Cardozo rindió su testimonio, sin que el apoderado de la parte actora pudiera estar presente en la diligencia, actuación que en su criterio desconoció el deber de lealtad procesal y vicia de nulidad dicha prueba.



Indicó que la sentencia apelada desconoce los 8 años de convivencia de la actora con el congresista fallecido, pues se limita solo al tiempo en que éste estuvo en detención domiciliaria durante seis meses en el año 1995; en su criterio sobre esos 8 años se omitió valorar como pruebas los testimonios de Mario Vargas y Justino Perdomo.

Precisó que según estos testimonios, el Doctor Turbay Cote le tenía a su madre un profundo respeto, motivo por el cual no la contradecía y que *“ese comportamiento de ella lo obligaba a mantener un domicilio público y político que era conocido por el común de las gentes, pero esa circunstancia no implica, necesariamente, que él no pudiera desarrollar su vida afectiva y particular en compañía de la mujer de sus querencias ...”* (fl. 229).

Anotó que el congresista fallecido compartía su residencia con la actora, en diferentes sitios de la ciudad, con ánimo de estabilidad, de modo que él asumía económicamente los gastos de la convivencia, como lo acreditan los testimonios en cita.

Resaltó que la relación de la actora con el congresista, no era de novios, sino de compañeros permanentes *“que trajinan con los mismos propósitos y objetivos en la vida para socorrerse y ayudarse mutuamente y estar en las buenas y en las malas con constante apoyo”* (fl. 229).



Explicó que solo las personas que estaban cerca de ellos pueden verificar que sí convivían como compañeros permanentes, pero que dichos testimonios no fueron valorados por el Tribunal.

Afirmó que el testimonio de la señora Clemencia Cardozo es contradictorio como quiera que indica haber sido su asistente parlamentaria, pero que ante dicha entidad no aparece ninguna constancia al respecto.

Expuso que la sentencia apelada no analizó todas las pruebas en el proceso, pues se limitó a estudiar uno de los aspectos en la convivencia afectiva, permanente y estable, esto es, de la relación de compañeros permanentes.

Anotó que tanto en la jurisprudencia del Consejo de Estado como de la Corte Constitucional pueden existir dos relaciones permanentes y estables al mismo tiempo y a ambas compañeras se les ha reconocido el derecho en forma proporcional.

MINISTERIO PÚBLICO

Mediante auto del 22 de agosto de 2008 se corrió traslado a las partes y al Ministerio Público para que alegaran de conclusión, pero éste guardó silencio (fl. 242).

ALEGATOS DE CONCLUSION

Parte demandante



La actora reitera los argumentos del recurso de apelación y agrega que, el fallo de primera instancia descarta que la demandada fuera compañera permanente del Doctor Turbay Cote, en vista de que éste vivía con su señora madre, hecho que en criterio del apelante es posible en la realidad.

Indicó que la unión marital de hecho y la condición de compañera permanente son situaciones diferentes, pues para que se reconozca la pensión de sobrevivientes se requiere solo ser compañeros permanentes.

Precisó que según la jurisprudencia del Consejo de Estado, puede haber convivencia simultánea entre la compañera permanente y la esposa, y explicó que de la misma forma en el presente caso, aunque presuntamente el congresista fallecido tenía su domicilio en la residencia familiar, este hecho no impedía que con la actora *“departía su vida sentimental, afectiva, inspirado por los vínculos de ayuda y socorro mutuos”* (fl. 249).

Advirtió que los testimonios de los señores Rubén Ortiz Urrea, escolta del congresista, Jairo Mancilla Mora y José Edilberto Sanabria Balaguera, vecinos de la pareja, no fueron decretados por el Tribunal, por lo cual solicita a esta Corporación que sean valorados pues aquéllos *“dan cuenta de la condición de compañera permanente que tenía la señora MARLEN POTES con el Doctor RODRIGO TURBAY COTE, por cuanto cuentan los lazos de ayuda y socorro mutuo que los unían, que era una relación singular y permanente, revoquen la sentencia impugnada ... ”* (fl. 250).



Consideró que el testimonio del señor Mario Vargas fue valorado por el Tribunal solo en lo que respaldaba la decisión de negar las pretensiones de la demanda. Respecto del testimonio del señor Justino Perdomo Ruiz indicó que no fue valorado en la sentencia del Tribunal.

Parte demandada

El Fondo de Pensiones del Congreso manifestó que la actora debe cumplir con las condiciones legales exigidas para acceder al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, las cuales no fueron acreditadas por ella, toda vez que nunca tuvo vida marital con el Doctor Rodrigo Turbay Cote y que existen declaraciones en el proceso según las cuales él *“desde su adolescencia jamás hizo vida marital y siempre vivió en la casa materna y paterna y al momento de su secuestro vivía con su madre y hermanos en la calle 92 No. 21-14 apartamento 302 de la ciudad de Bogotá”* (fl. 244).

Indicó que los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993 al regular la situación de la compañera permanente como beneficiaria de la pensión de sobrevivientes, determinan que el derecho pensional se consolida cuando haya convivencia con el afiliado fallecido por un tiempo de 2 años continuos antes de la fecha de la muerte.

CONSIDERACIONES



Al observar la Sala que no se configura impedimento procesal alguno, procede a pronunciarse sobre el fondo del asunto.

1. Problema jurídico.

La Sala establecerá si ¿La actora probó la calidad de compañera permanente y la convivencia requerida para ser beneficiaria de la pensión de sobrevivientes, con ocasión del fallecimiento del congresista?

2. Hechos probados.

Tiempo de servicio

El Doctor Rodrigo Hernando Turbay Cote, según certificación expedida por la Oficina de Recursos Humanos y Bienestar Social del Departamento del Caquetá, se desempeñó como Diputado por el período comprendido del 1 de octubre de 1984 hasta el 19 de junio de 1986 (fl. 69 anexo 1).

Luego fue elegido Representante a la Cámara por el Departamento del Caquetá para los períodos 1986-1990, tomando posesión del cargo, el 20 de junio de 1986. Posteriormente fue reelegido por los períodos 1990-1994 y 1994-1998, sin embargo perdió su condición de congresista, el 3 de mayo de



1997, al fallecer mientras estaba secuestrado (fl. 51 anexo 1). Igualmente se tiene que estaba afiliado al Fondo de Pensiones del Congreso como consta folio 56 del anexo 1.

Visto lo anterior, el tiempo total de servicios fue de 12 años, 5 meses y 3 días, como consta en la Resolución No. 1225 de 2005 (fl. 2).

Fallecimiento

El 3 de mayo de 1997, falleció el Doctor Rodrigo Hernando Turbay Cote, como consta en el Registro Civil de Defunción que obra a folio 9 del anexo No. 1.

3. Actos administrativos demandados

Mediante petición del 4 de octubre de 2004, la señora Marlene Potes Delgado, a través de apoderado solicitó ante el Fondo de Previsión Social del Congreso de la República, el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes causada por el fallecimiento del Doctor Rodrigo Hernando Turbay Cote (fls. 1-7 anexo 1).



A través de la Resolución No. 1225 del 30 de agosto de 2005, el referido fondo, le negó a la actora el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes establecida en la Ley 100 de 1993, al considerar que:

*“Que estudiados los elementos de juicio y efectuadas las confrontaciones del caso entre las pruebas allegadas y la Ley, se concluye que no existe certeza para esta entidad de que la señora **MARLENE POTES DELGADO**, hubiere hecho vida marital con el causante, en su presunta calidad de compañera permanente y haya convivido con el causante dos (2) años continuos con anterioridad a su muerte, toda vez que la Resolución No. M. D. 0679 del 17 de julio de 1998 expedida por la H. Cámara de Representantes, reconoció y ordenó pagar la señora **INES COTE DE TURBAY**, madre del H. Representante a la Cámara doctor **RODRIGO HERNANDO TURBAY COTE** (q.e.p.d), los salarios y el seguro por muerte accidental y no a la señora **MARLENE POTES DELGADO** quien ha debido hacerse presente en esa reclamación y además porque existen dos declaraciones rendidas bajo la gravedad de juramento, de dos personas presuntamente allegadas al doctor **RODRIGO TURBAY COTE**, que declaran que lo afirmado por la señora **MARLENE POTES DELGADO**, no es cierto y solicitan se compulsen copias a la Justicia Penal para que tan graves hechos sean investigados”.*

Contra la anterior resolución, la actora presentó recurso de reposición que fue resuelto a través de la Resolución No. 1999 del 12 de diciembre de 2005 (fls. 9-13 cd ppal), que confirmó la decisión de negar el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a la accionante.

Consideró el Fondo, que en el expediente administrativo existen declaraciones de diversas personas que se contradicen respecto del estado civil del congresista fallecido y de la presunta unión marital de hecho con la



señora Potes Delgado, en consecuencia precisó que corresponde a la jurisdicción determinar si el congresista convivió con la demandante.

4. Marco jurisprudencial

De la pensión de sobrevivientes

Sobre esta prestación en sentencia del 25 de octubre de 2012 se consideró que la *“muerte constituye una contingencia del sistema de seguridad social, en cuanto la ausencia definitiva de la persona que atendía el sostenimiento del grupo familiar, dejaría en situación de desamparo a los integrantes del mismo.”*³

Igualmente se explicó que la pensión de sobrevivientes tiene como finalidad atender una contingencia derivada de la muerte y *“suplir la ausencia repentina del apoyo económico que brindaba el empleado al grupo familiar y, por ende, evitar que su deceso se traduzca en un cambio sustancial de las condiciones mínimas de subsistencia de las personas beneficiarias de dicha prestación.”*⁴

Se citó la sentencia T-701 de 22 de agosto de 2006, la cual sostuvo que:

³ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, M.P. Gerardo Arenas Monsalve, sentencia del 25 de octubre de 2012, proceso con radicado No. 76001-23-31-000-2006-00420-01 y número interno 0358-11.

⁴ Ídem



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

Como viene de explicarse, la finalidad de la pensión de sobrevivientes es la protección de la familia que queda desamparada económicamente en razón de la muerte del afiliado.

En punto de la protección de la familia en la Constitución Política de 1991 y el derecho a la igualdad entre las uniones por el vínculo del matrimonio y las naturales como la unión libre, la Sección Segunda explicó en la sentencia del 12 de febrero de 2015 que:

“El artículo 42 de la Constitución Política indica que la familia es el núcleo fundamental de la sociedad y que se conforma por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de contraer matrimonio o por la voluntad de conformarla.

Así, la familia en la jurisprudencia de la Corte Constitucional (sentencia C-081 de 1999⁵), está amparada por un marco de protección que cubre la matrimonial y la extramatrimonial. En efecto la Corte ha indicado que el reconocimiento de la familia extramatrimonial se ha reafirmado por la ley, el derecho comparado y la jurisprudencia, en tanto se “reconocen las

⁵ M.P. Fabio Morón Díaz.

diferentes formas de relaciones familiares extramatrimoniales y ordenan darle un tratamiento igual al que se le otorga a la familia matrimonial”⁶.

En este sentido, en la jurisprudencia constitucional, sobre la unión marital de hecho, se ha precisado que “merece reconocimiento jurídico y social, siempre y cuando acredite los elementos básicos de estabilidad por lo que, es innegable a juicio de la Corte que faltando tan solo formalización de su vínculo conyugal, deban recibir un tratamiento equiparable o semejante por muchos aspectos al que merece la unión conyugal”^{7, 8}.

En dicha sentencia se resalta que según la jurisprudencia constitucional, la convivencia es el criterio material determinante para establecer que persona tiene derecho a la pensión de sobrevivientes:

“Ahora bien, se señaló en la sentencia C-081 de 1999 que no pueden confundirse los derechos herenciales con el reconocimiento de prestaciones sociales ocasionadas por la muerte de uno de los miembros de la pareja, ya que insiste la Corte, se trata de instituciones jurídicas diferentes, “pues son diferentes los principios que animan la hermenéutica jurídica en este campo del ordenamiento legal, a los que prevalecen en el área del derecho privado”⁹. Así se estimó que, en aplicación del literal a)¹⁰

⁶ C-081 de 1999. M.P. Dr. FABIO MORON DIAZ. Sentencia mediante la cual se declararon exequibles las expresiones “...la compañera o compañero permanente supérstite...”, de los artículos 47 y 74 de la ley 100 de 1993.

⁷ Ídem.

⁸ Consejo de Estado, Sección Segunda, M.P. Gerardo Arenas Monsalve, sentencia del 12 de febrero de 2015, proceso con radicado No. 11001-03-25-000-2010-00236-00 y número interno 1974-2010

⁹ Ídem.

¹⁰ “ARTÍCULO 47. BENEFICIARIOS DE LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES. <Artículo modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003. El nuevo texto es el siguiente:> Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:

a) En forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente o supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga 30 o más años de edad. En caso de que la pensión de sobrevivencia se cause por muerte del pensionado, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite, deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y haya convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte:(...)”

del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, para establecer qué persona tiene derecho a la sustitución pensional, cuando hay conflicto entre la cónyuge superviviente y la compañera permanente, es un factor determinante, “el compromiso efectivo y de comprensión mutua de la pareja existente entre la pareja, al momento de la muerte de uno de sus integrantes”¹¹

En el mismo sentido, en la citada providencia se reitera lo considerado en la sentencia C-389 de 1996, en el sentido que en la normatividad nacional se prioriza un criterio material, esto es la convivencia efectiva al momento de la muerte, como factor para determinar quién es el beneficiario de la sustitución pensional.

Así, insiste la Corte en la sentencia C-081 de 1999¹² que la convivencia efectiva al momento de la muerte del pensionado, “constituye el hecho que legitima la sustitución pensional”, que modo que es constitucional que en el literal a) del artículo 47 de la Ley 100 de 1993 exija “tanto para los cónyuges como para las compañeras o compañeros permanentes, acreditar los supuestos de hecho previstos por el legislador para que se proceda al pago de la prestación”, pues acoge un criterio real o material, como lo es “la convivencia al momento de la muerte del pensionado, como el supuesto de hecho para determinar el beneficiario de la pensión”.

Pensión de sobrevivientes y sustitución pensional, cuando hubo convivencia simultánea del causante con la cónyuge y la compañera permanente.

La Sala expone este tema, toda vez que en el recurso de apelación, se indica que si cuando hay convivencia simultánea con varias parejas se reconoce la pensión de sobrevivientes de forma proporcional, este criterio se debería aplicar en el presente caso, como quiera que el congresista fallecido habitaba en dos sitios, su casa familiar y en un apartamento con su presunta compañera permanente.

¹¹ Ídem.

¹² M.P. Fabio Morón Díaz



Sobre la convivencia simultánea, en la sentencia del 12 de febrero de 2015¹³ de la Sección Segunda se expuso que el artículo 47¹⁴ de La Ley 100 de 1993 (modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003) al desarrollar el orden de beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, señalaba que cuando había convivencia simultánea, en los últimos cinco años, del causante con la cónyuge y la compañera permanente, la beneficiaria de la sustitución era la esposa. Ahora bien, mediante la sentencia C-1035 de 2008, la citada disposición fue declarada exequible de manera condicionada, bajo el entendido que también es beneficiaria de la sustitución pensional, la compañera permanente, en consecuencia la pensión se dividirá en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido.

Para adoptar la citada decisión, la Corte determinó que la norma demandada sí establecía un trato diferenciado y preferencial, cuando había convivencia simultánea con el causante, pues para conceder la pensión de sobrevivientes se prefería al cónyuge.

¹³ Consejo de Estado, Sección Segunda, M.P. Gerardo Arenas Monsalve, sentencia del 12 de febrero de 2015, proceso con radicado No. 11001-03-25-000-2010-00236-00 y número interno 1974-2010

¹⁴ “Aparte subrayado **CONDICIONALMENTE** exequible> En caso de convivencia simultánea en los últimos cinco años, antes del fallecimiento del causante entre un cónyuge y una compañera o compañero permanente, la beneficiaria o el beneficiario de la pensión de sobreviviente será la esposa o el esposo. Si no existe convivencia simultánea y se mantiene vigente la unión conyugal pero hay una separación de hecho, la compañera o compañero permanente podrá reclamar una cuota parte de lo correspondiente al literal a en un porcentaje proporcional al tiempo convivido con el causante siempre y cuando haya sido superior a los últimos cinco años antes del fallecimiento del causante. La otra cuota parte le corresponderá a la cónyuge con la cual existe la sociedad conyugal vigente.”



A reglón seguido observó la Corte que dicha diferenciación en el trato se fundaba en una distinción de origen familiar, y que se privilegió injustificadamente a la cónyuge supérstite sobre la compañera permanente. A este respecto se determinó que:

“Frente a esta regulación legislativa, considera la Corte que, de acuerdo al entendimiento de la dimensión constitucional que irradia la figura de la pensión de sobrevivientes, no existe razón alguna para privilegiar, en casos de convivencia simultánea, la pareja conformada por medio de un vínculo matrimonial, sobre aquella que se formó con base en un vínculo natural. Dicho en otras palabras, no se puede argumentar que para proteger la familia como núcleo esencial de la sociedad, se excluyan del ámbito de protección asistencial modelos que incluso la propia Carta ha considerado como tales.

Al analizar el criterio con base en el cual, en casos de convivencia simultánea, se prefiere al cónyuge a efectos de reconocer la pensión de sobrevivientes, la Corte no encuentra que con la norma se busque alcanzar un fin constitucionalmente imperioso. Es más, la Corte, con base en su propia jurisprudencia, estima que la distinción en razón a la naturaleza del vínculo familiar no puede constituir un criterio con base en el cual, como lo hace la disposición bajo examen, se establezcan tratamientos preferenciales que desconozcan la finalidad legal y constitucional de la pensión de sobrevivientes.

(...)

En estos términos, a pesar de que la Corte ha sostenido que el matrimonio y la unión marital de hecho son instituciones con especificidades propias y no plenamente asimilables, la jurisprudencia constitucional ha decantado que “los derechos conferidos a la familia que se conforma por cualquiera de las dos vías no son susceptibles de tratamiento diferencial cuando éste



tiene como único fundamento su divergencia estructural”¹⁵. Por este motivo, la Corte llega a la conclusión de que el trato preferencial que establece la expresión demandada no es constitucional.”

Ahora bien, esta Sección en sentencia del 20 de septiembre de 2007¹⁶ consideró que en aplicación de los artículos 13, 42 y 48 de la Constitución Política, cuando hay conflicto entre la compañera permanente y la cónyuge supérstite, en razón de la convivencia simultánea con el pensionado, el criterio para establecer la titularidad del derecho a la sustitución pensional, se funda en el auxilio o apoyo mutuo, la convivencia efectiva, la comprensión y la vida en común al momento de la muerte.

Se explicó en la citada providencia que cuando se acredita la convivencia simultánea no se justifica dar un trato diferente a la cónyuge y a la compañera permanente *“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”*,¹⁷ se consideró asimismo en el referido fallo que:

“ (...) 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

¹⁵ C-879 de 2005 (MP. Marco Gerardo Monroy Cabra). En la misma dirección la sentencia C-1287 de 2001 (MP. Marco Gerardo Monroy Cabra) sostuvo claramente que *“dentro de las distinciones arbitrarias, el origen familiar como criterio para establecer un trato desigual, está expresamente prohibido por la Constitución.”* Específicamente sobre la pensión de sobrevivientes la Corte en la sentencia T-566 de 1998 (MP. Eduardo Cifuentes Muñoz) la Corte indicó que *“no es jurídicamente admisible privilegiar un tipo de vínculo específico al momento de definir quién tiene derecho a este beneficio”*

¹⁶ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, M.P. Jesús María Lemos Bustamante, proceso con radicado No. 76001-23-31-000-1999-01453-01 y número interno 2410-2004

¹⁷ Ídem.

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."¹⁸ (Subrayado fuera de texto)

5. El caso concreto

En el asunto bajo estudio, la actora solicita la nulidad de los actos administrativos que le negaron el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, como presunta compañera permanente del congresista fallecido, Doctor Rodrigo Turbay Cote, por no existir certeza sobre la convivencia y la unión marital de hecho.

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca negó las pretensiones de la parte accionante, al considerar que se probó la existencia de una relación sentimental, no se acreditaron los requisitos exigidos por el literal a) del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, en concreto, la demostración de una convivencia permanente y singular con el congresista fallecido, bajo el mismo techo, como si se tratara de personas vinculadas por el matrimonio.

¹⁸ Ídem.



En el recurso de apelación, la parte actora sostiene que i) el testimonio de la señora Clemencia Cardozo está viciado de nulidad, porque fue practicado por el Tribunal, sin que el apoderado de la parte actora estuviera presente; ii) se omitió la valoración de los testimonios de Mario Vargas y Justino Perdomo, iii) el testimonio de Clemencia Cardozo es contradictorio, porque no es cierto que haya sido asistente parlamentaria, iv) no se estudiaron todas las pruebas del proceso, sino solo lo atinente a la relación de compañera permanente y v) pueden coexistir dos relaciones permanentes y estables que han dado lugar al reconocimiento pensional en forma proporcional.

Frente al primer aspecto, observa la Sala que el reproche del recurrente, relativo a que el Tribunal practicó la diligencia de testimonio de la señora Clemencia Cardozo el 28 de agosto de 2007, sin la presencia de apoderado de la parte actora (fls. 170 a 171), que esta diligencia fue ordenada por el Tribunal mediante auto del 27 de julio de 2007, notificado por estado el 2 de agosto de 2007 (fl. 158); de modo que al cumplirse con la notificación del auto, era un deber del apoderado de la parte actora, como peticionario de la prueba¹⁹, estar informado de las actuaciones en el proceso, en consecuencia la práctica del testimonio no está viciada de nulidad, pues el apoderado de la demandante fue notificado por estado, de la fecha en la que se realizaría la diligencia, sin embargo no asistió a la misma, conducta que no afecta la validez de la prueba decretada.

¹⁹ En el numeral 4 de la demanda, se solicitó la práctica de esta prueba (fl. 37).



Aunado a lo anterior, observa la Sala que ante similares argumentos presentados por el apoderado de la accionante ante el Tribunal (fls. 173-174), consideró el *A quo* en auto del 30 de octubre de 2007 (fls. 178 a 180) que:

“La solicitud será denegada por cuando se observa que en ningún momento se vulneró por parte de esta Corporación el derecho que le asiste al apoderado judicial de la parte actora de asistir y contra interrogar a la testigo, toda vez que la fecha de audiencia se fijó con un mes de antelación – por auto del 27 de julio de 2007-, el cual además se notificó a todas las partes en debida forma, tal como aparece a folio 158 vto del expediente.

En segundo lugar, debe señalarse que al momento de la recepción del testimonio la comisión ya había sido devuelta por parte del Juzgado Civil del Circuito de Funza sin evacuación (toda vez que la testigo no acudió a la audiencia señalada para tal efecto el día 10 de agosto de este año), tal como está probado en el expediente; por tanto debe entenderse que el apoderado contó con el tiempo suficiente para enterarse de la decisión adoptada por esta Corporación respecto de la declaración de las Sra. CLEMENCIA CARDOZO ...

De tal suerte que no es posible recepcionar dos (2) veces el mismo testimonio, teniendo en cuenta además que las partes deben estar pendientes del curso del proceso.”

Así las cosas, concluye la Sala que la práctica del testimonio de la señora Clemencia Cardozo no violó el deber de lealtad procesal frente a la parte demandante y que esta prueba tampoco está viciada de nulidad, en consecuencia el Tribunal podía valorarla y utilizarla como fundamento para definir el fondo del asunto.



Respecto del segundo punto del recurso, consistente en que el Tribunal no valoró los testimonios de Mario Vargas y Justino Perdomo, precisa la Sala que en el fallo impugnado, al estudiar si la actora tenía la calidad de compañera permanente del congresista fallecido, se citó a folio 224 lo declarado por el testigo Mario Vargas quien era su conductor; resaltó el Tribunal que cuando se le preguntó en qué sitio se desarrolló la detención domiciliaria del Doctor Turbay Cote y si éste vivía allí, contestó *“Su detención domiciliaria fue en la Calle 92, pero en muchas ocasiones él dormía en otro sitio, donde vivía MARLEN TOVAR, en la Calle 45 con Cra. 13”*. Igualmente el fallo de primera instancia refirió que según el señor Mario Vargas, el domicilio oficial del Congresista para efectos de correspondencia era la Calle 92 aunque *“también había alguno documento o correspondencia que llegaba a donde la Sra. MARLEN”*.

Posteriormente afirmó el Tribunal que de conformidad con los testimonios practicados se encontraba probado que la demandante durante el secuestro del Congresista *“no ejerció acción administrativa o judicial alguna para solicitar del Estado protección o ayuda dentro del sistema de protección a las víctimas del secuestro y sus familias”* (fl. 225).

Ahora bien, observa la Sala que efectivamente en la sentencia impugnada no hay alusión directa al testimonio del señor Justino Perdomo Ortiz que obra a folios 80 a 82 del expediente, sin embargo a partir del contenido del mismo, no se considera que la decisión el *A quo* habría sido diferente, pues lo relatado por este testigo, en cuanto a las circunstancias, de tiempo, modo y lugar coincide con lo narrado por el señor Mario Vargas.



No obstante lo anterior, la Sala procede a realizar la valoración del mismo; en este punto se tiene que el señor Justino Perdomo Ortiz, afirmó conocer al congresista fallecido desde el año de 1965 pues ambos tenían relación con el Departamento del Caquetá, refirió que él estaba nombrado como funcionario de la Contraloría ante el Congreso hasta 1991 cuando fue declarado insubsistente y que como su hermana Olga era la secretaria privada del congresista fallecido, él *“tenía una relación estrecha directa con ellos”* y a renglón seguido narró respecto de la demandante *“en ese año fue que me la presentaron {1990} ahí se veía la relación que tenían íntima, ella lo saludaba de beso en la boca delante de todo el mundo, o a veces ella llegaba recogerlo por la tarde”*.

Sobre la relación entre la actora y el congresista relató *“Sí ellos convivían bajo el mismo techo, pero como político y ella como actriz, él salía los jueves para el Caquetá y volvía los lunes, pero convivían de lunes a jueves, desde 1990 hasta el año 95, que fue el año en que lo secuestraron, cuando él estaba en Bogotá él permanecía bajo el mismo techo y cuando salía a sus correrías de político, ella lo acompañaba muchas veces en la última campaña que él estuvo dos o tres meses, ella lo acompañó y dormían en el mismo cuarto todas las noches”* (fl. 81)

De lo afirmado por el testigo se resalta que no existe certeza sobre el conocimiento directo de los hechos narrados, pues aunque indica que los visitaba en el apartamento de la actora en Bogotá, también describe situaciones de forma detallada que sucedían fuera de esta ciudad.



Por otra parte, lo narrado por el testigo denota la existencia de una relación sentimental entre el congresista y la actora, como lo concluyó el Tribunal, pero esta prueba testimonial no tiene la entidad suficiente para acreditar que la calidad de compañera permanente de la demandante haciendo vida marital con el fallecido antes de su secuestro en el presente caso.

Sobre el tercer aspecto por el cual se indica que el testimonio de Clemencia Cardozo es contradictorio, porque no es cierto que haya sido asistente parlamentaria, señala la Sala que en efecto en su declaración que obra en el trámite administrativo ante el Fondo de Previsión Social del Congreso (fl. 110 anexo 1), informó que *“además fui en una época una de sus asistentes del Congreso”*, sin embargo en el oficio enviado por el Jefe de Personal de la Cámara de Representantes (fl. 159) se expresó que *“revisados los listados de las hojas de vida de los ex funcionarios de esta H. Corporación, no se encontró vinculación alguna de la mencionada señora con esta H. Corporación”*.

Por otra parte, en el testimonio que rindió la señora Cardozo ante el Tribunal (fls. 170 a 171), dicha afirmación no se realizó, sino que indicó que su cercanía con el congresista correspondía a la de amigos personales y que ella también era muy cercana a su familia.

No obstante, aunque se comparta la contradicción que evidencia la parte actora, considera la Sala que este hecho no acredita la existencia de la relación de



compañeros permanentes exigida para se pueda acceder al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, pues aunque se llegara a descartar este testimonio, aún así la parte actora sólo con las pruebas testimoniales solicitadas en el proceso no ofrece al juzgador un grado de certeza tal que permita tener por cierta su condición de compañera permanente del congresista fallecido y la convivencia con él, como se explicará más adelante.

En lo que toca con el cuarto punto, relativo a que el fallador de primera instancia centró su análisis en la condición de compañera permanente de la actora, obviando las demás pruebas del proceso, considera la Sala que el primer requisito para acceder al reconocimiento de la pensión de sobreviviente, en el caso bajo estudio, es acreditar la condición de beneficiaria como compañera permanente de la actora, lo que por sustracción de materia conlleva a que si ésta se descarta, no hay lugar a estudiar los demás requisitos legales.

En efecto, este fue el estudio que realizó el Tribunal, pues a folio 218 de la sentencia precisó que para establecer si la actora tenía derecho a la pensión de sobrevivientes se debía determinar si tenía la calidad de compañera permanente.

En lo que atinente al quinto punto consistente en que según el recurrente pueden coexistir dos relaciones permanentes y estables que han dado lugar al reconocimiento pensional en forma proporcional, precisa la Sala que el artículo 47²⁰

²⁰ “Aparte subrayado **CONDICIONALMENTE** exequible> En caso de convivencia simultánea en los últimos cinco años, antes del fallecimiento del causante entre un cónyuge y una



de La Ley 100 de 1993 (modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003) desarrolla la convivencia simultánea del afiliado fallecido con la cónyuge y la compañera permanente.

Como se observa, la convivencia simultánea regulada en la norma en cita, no comprende la situación de hecho planteada por la recurrente, como quiera que en el caso bajo estudio, el congresista fallecido cuya pensión de sobrevivientes se reclama, no tenía una cónyuge, sino que residía en su casa familiar y mantenía una relación afectiva con la actora, situación que difiere de lo regulado en el inciso 4 del artículo 47 de la Ley 100 de 1993 (modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003) y sobre la cual se ha pronunciado la jurisprudencia de esta Corporación.

Ahora bien, respecto del derecho al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, en el caso bajo estudio se tiene que el congresista falleció el 3 de mayo de 1997, de modo que la norma aplicable era la vigente en ese momento, como quiera que con ocasión del fallecimiento se causa el derecho al reconocimiento pensional de los beneficiarios²¹; así la norma aplicable en el presente caso, es la versión original del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, que en el literal a) señalaba:

compañera o compañero permanente, la beneficiaria o el beneficiario de la pensión de sobreviviente será la esposa o el esposo. Si no existe convivencia simultánea y se mantiene vigente la unión conyugal pero hay una separación de hecho, la compañera o compañero permanente podrá reclamar una cuota parte de lo correspondiente al literal a en un porcentaje proporcional al tiempo convivido con el causante siempre y cuando haya sido superior a los últimos cinco años antes del fallecimiento del causante. La otra cuota parte le corresponderá a la cónyuge con la cual existe la sociedad conyugal vigente”;

²¹ Consejo de Estado, Sección Segunda Subsección B, sentencia del 27 de mayo de 2010, M.P. Víctor Hernando Alvarado Ardila, proceso con radicado No. 25000-23-25-000-2005-09292-01 (1581-07); en el mismo sentido, sentencia de 10 de noviembre de 2005 de la Sección Segunda, Subsección A,

“ARTÍCULO. 47.- *Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:*

“a. En forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite.

En caso de que la pensión de sobrevivencia se cause por muerte del pensionado, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite, deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante ~~por lo menos desde el momento en que este cumplió con los requisitos para tener derecho a una pensión de vejez o invalidez,~~ y hasta su muerte, y haya convivido con el fallecido no menos de dos (2) años continuos con anterioridad a su muerte, salvo que haya procreado uno o más hijos con el pensionado fallecido;” <Aparte tachado INEXEQUIBLE según sentencia C-1176 de 2001 >

Este artículo 47 *ídem* se aplica, **“a partir del 1º de abril de 1994, cuando entró en vigor el nuevo Sistema General de Pensiones que introdujo la Ley 100 de 1993, en lo que incumbe a la sustitución pensional -salvo el caso de los Legisladores cobijados por el Régimen Especial contenido en el Decreto 1359 de 1993-”**²²

Consejera Ponente: Dra. Ana Margarita Olaya Forero, Radicación número: 25000-23-25-000-1998-05092-01(3496-04), Actora: Mary Ruby Caviedes Rojas. Ver también, la sentencia de 2 de octubre de 2008, con ponencia del Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, Radicación número: 25000-23-25-000-2002-06050-01(0363-08), Actora: Maria Araminta Muñoz de Luque.

²² Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, M.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, sentencia del 12 de mayo de 2014, proceso con radicado No. 25000-23-25-000-2010-01200-01 y número interno 1944-12



Ahora bien, el congresista fallecido no era beneficiario del régimen especial Decreto 1359 de 1993, el cual solo se aplica por vía de transición, mediante el cumplimiento de los requisitos previstos en el Decreto 1293 de 1994 “*Por el cual se establece el régimen de transición de los senadores, representantes, empleados del Congreso de la República y del Fondo de Previsión Social del Congreso y se dictan normas sobre prestaciones sociales y económicas de tales servidores públicos.*” que en el artículo 2 señala:

“ARTÍCULO 2o. RÉGIMEN DE TRANSICIÓN DE LOS SENADORES, REPRESENTANTES, EMPLEADOS DEL CONGRESO DE LA REPÚBLICA Y DEL FONDO DE PREVISIÓN SOCIAL DEL CONGRESO. Los senadores, los representantes, los empleados del Congreso de la República y los empleados del Fondo de Previsión Social del Congreso, tendrán derecho a los beneficios del régimen de transición de que trata el artículo [36](#) de la Ley 100 de 1993, siempre que a 1o de abril de 1994, hayan cumplido alguno de los siguientes requisitos:

a). haber cumplido cuarenta (40) o más años de edad si son hombres o treinta y cinco (35) o más años de edad, si son mujeres.

b). Haber cotizado o prestado servicios durante quince (15) años o más.

(...)”

En el caso del Doctor Turbay Cote, al 1º de abril de 1994, no tenía más de 40 años, toda vez que nació el 20 de diciembre de 1958 (fl. 10 anexo 1) y tampoco había cotizado durante 15 años de servicios, pues al fallecer el 3 de mayo de 1997, solo acreditaba 12 años de servicios. Así las cosas al no ser beneficiario del régimen de transición para que le fuera aplicable el Decreto 1359 de 1993, la norma aplicable a la pensión de sobrevivientes reclamada en este proceso, es el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, en su versión original, esto es, antes que fuera modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003.



En este orden de ideas, se tiene que el literal a) del artículo 47 de la Ley 100 de 1993 dispone que para tener derecho al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes como beneficiaria *“la compañera o compañero permanente superviviente, deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante”*.

Así, quien demanda el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes por la muerte del afiliado debe encontrarse en los supuestos de hecho previstos en la norma, y por consiguiente tiene la carga probatoria de acreditarlos, en este sentido en el fallo del 25 de octubre de 2012 se consideró respecto de la prueba de la convivencia para efectos de la citada pensión que:

“En relación con este aspecto, la Sala no pasa por alto el argumento del demandante según el cual el juez contencioso administrativo en ejercicio de la facultad oficiosa tenía la obligación de allegar al expediente el material probatorio requerido para demostrar la convivencia material y efectiva que sostenía con la señora Rosa Nidia Villafañe Lozano en relación con lo cual dirá, que si bien de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 169 del Código Contencioso Administrativo, el juez como director del proceso cuenta con la facultad oficiosa para decretar y practicar pruebas tendientes a “esclarecer la verdad” tal facultad no puede suplir la actividad probatoria de cada una de las partes dentro de una controversia judicial tal como lo prevé el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, en cuanto preceptúa que “incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen.”

Así las cosas, concluye la Sala que en el caso concreto el señor León Aquiles Roldán Lozano no acreditó a través de los distintos medios

*probatorios que el ordenamiento jurídico ponía a su disposición, entre ellos las pruebas documentales, testimoniales e indiciaria, la convivencia material y efectiva con la señora Rosa Nidia Villafañe Lozano, y en consecuencia la solidaridad y ayuda mutua propia de este tipo de relaciones, como elemento indispensable para el reconocimiento y pago de una prestación pensional post mortem, o de sobreviviente.*²³

Esta Sala en la citada sentencia reitera que para efectos del reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, la parte demandante, como cónyuge, compañera o compañero requiere demostrar a través de los diferentes medios probatorios, la convivencia material y efectiva, la solidaridad y ayuda mutua propia con el afiliado fallecido.

En el asunto bajo estudio, si bien para acreditar los presuntos 8 años de convivencia, la parte accionante solicitó pruebas testimoniales, siendo decretadas por el Tribunal las de los señores Mario Vargas Gómez, Justino Perdomo Ortiz y Libia Lombana Henríquez y Clemencia Cardozo Medina, considera la Sala que de la valoración que se realiza del contenido de las declaraciones, como también lo concluyó el Tribunal, no existe certeza sobre la calidad de compañera permanente de la actora, ni sobre la convivencia material y efectiva, la solidaridad y ayuda mutua propia con el congresista fallecido.

²³ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, M.P. Gerardo Arenas Monsalve, sentencia del 25 de octubre de 2012, proceso con radicado No. 76001-23-31-000-2006-00420-01 y número interno 0358-11



Lo anterior toda vez que si bien, los testigos que soportan los hechos narrados en la demanda, que tiene la vocación de demostrar la presencia de una relación afectiva entre la actora y el congresista, describen un vínculo sentimental, no dan cuenta de la existencia de una convivencia marital continua y estable de bajo el mismo techo, con la intencionalidad de formar una familia, donde existiera codependencia económica y lazos de solidaridad. Esto, como quiera que no puede perderse de vista, la finalidad de la pensión de sobrevivientes, consistente en mitigar la desprotección en que queda quien está afectado por la muerte de su pareja, de ahí que no cualquier convivencia ni la existencia de cualquier relación de pareja conlleva al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, se requiere de la calidad de cónyuge o compañero permanente, y de que éste demuestre una convivencia real y efectiva, fundada en la solidaridad y ayuda mutua, situación que la demandante no acreditó en el caso analizado.

Aunado a lo anterior, en el recurso de apelación manifestó el apoderado de la accionante, que si según la jurisprudencia es procedente el reconocimiento pensional en forma proporcional cuando hay convivencia simultánea entre la cónyuge y la compañera permanente, en el presente asunto, si el congresista fallecido habitaba en su residencia familiar y con la demandante, se podría aplicar el mismo criterio.

Al respecto advierte la Sala, primero que se está admitiendo que el congresista no convivía con el ánimo de permanencia y de formar una familia con la actora y en segundo lugar, que el supuesto de hecho la convivencia



simultánea, está regulado en el artículo 13 de la Ley 797 de 2003 (que modificó el artículo 47 de la Ley 100 de 1993), norma que no estaba vigente al fallecer el congresista y que además supone la coexistencia del vínculo jurídico del matrimonio y del natural de la unión libre, situación que difiere de los hechos de este proceso.

Finalmente, observa la Sala que el apoderado de la parte actora, en los alegatos de conclusión pide que las declaraciones juramentadas que la actora aportó a la actuación administrativa, de los señores Rubén Ortiz Urrea, Jairo Mancilla y José Edilberto Sanabria Balaguera sean valoradas en esta instancia, sobre este punto manifiesta la Sala que esta no es la oportunidad procesal para insistir en la valoración de dichos testimonios, como quiera que bien pudo la parte actora, recurrir el auto que decretó las pruebas (fl. 71), en el que la práctica de los referidos testimonios no se decretó o el auto que cerró el periodo probatorio y corrió traslado a las partes para alegar de conclusión en primera instancia (fl. 182).

En este orden de ideas, considera la Sala que asistió la razón al Tribunal al negar las pretensiones de la demanda, de modo que se confirmará la sentencia de primera instancia.

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

SE CONFIRMA la sentencia del 3 de abril de 2008, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, que denegó las pretensiones de la demanda promovida por MARLENE POTES DELGADO, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE. DEVUÉLVASE EL EXPEDIENTE AL TRIBUNAL DE ORIGEN. CÚMPLASE.

Esta providencia se estudió y aprobó en sesión de la fecha.

GERARDO ARENAS MONSALVE



SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ

CARMELO PERDOMO CUÉTER