



GOBERNACIÓN

Departamento Archipiélago de San Andrés,
Providencia y Santa Catalina

Reserva de Biosfera Scaflower

NIT: 892400038-2

RESOLUCIÓN NÚMERO

- 00 3 37 8 -

23 AGO 2016

“Por medio de la cual se resuelve el recurso de apelación interpuesto por el señor **ORLANDO JIMENEZ PEREZ**”

El Gobernador del Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, en ejercicio de sus facultades Constitucionales y legales, y en virtud de las contenidas en el título III de la Ley 1437 de 2011, actual Código de Procedimiento Administrativo y demás normas concordantes, procede a resolver el Recurso de Apelación interpuesto por el Señor **ORLANDO JIMENEZ PEREZ** en contra la decisión Resolución 001686 de fecha abril 22 de 2015, “Por medio del cual se resuelve una solicitud de pensión de sobreviviente”,

CONSIDERANDO

Que mediante Resolución No. 001686 del 22 de abril de 2015, notificado el 14 del mes de mayo de 2015, la Secretaria General del Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, resolvió de manera negativa la solicitud de sustitución pensional o de sobreviviente elevada por el señor **ORLANDO JIMENEZ PEREZ**, identificado con cedula de ciudadanía No. 876647 de Cartagena.

Que el señor **ORLANDO JIMENEZ PEREZ**, identificado como aparece en el acápite anterior dentro del término legalmente establecido para el efecto, presentó **RECURSO DE REPOSICIÓN** y en subsidio de **APELACIÓN**, en contra del acto administrativo.

Que en sede de reposición la Secretaría General resolvió mediante acto administrativo Resolución No. 002225 del 14 de junio de 2016, lo siguiente:

“ARTICULO PRIMERO: No reponer la Resolución No. 001686 de fecha 22 de Abril de 2015, mediante el cual se resolvió negar una solicitud de Pensión de Sobreviviente solicitada por el señor, **ORLANDO JIMENEZ PEREZ**, identificado con cedula de ciudadanía No. 876647 expedida en Cartagena, por el fallecimiento de la causante señora **DELTURNEY BERNARD MANUEL (Q.E.P.D)**, acaecida el 15 de agosto de 2012, por lo tanto confírmese la misma.

ARTICULO SEGUNDO: **CONCEDER** el recurso de apelación interpuesto en contra de la Resolución No. 001686 de fecha 22 de Abril de 2015, ante el Gobernador del Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina...”

Que le corresponde a este despacho en sede de apelación, resolver el recurso presentado, en virtud del análisis de las consideraciones antes señaladas y los siguientes;

ANTECEDENTES

Los motivos de la solicitud de fecha 5 de enero de 2015, elevada por el señor ORLANDO JIMENEZ PEREZ, ya identificado, se debió al fallecimiento de la DELTURNEY BERNARD MANUEL (Q.E.P.D) quien en términos del solicitante, fue respecto de él **"mi señora por 40 años, los cuales tuvimos 5 hijos, 2 femeninos y 3 masculinos.."**

En virtud de lo anterior, la oficina del Fondo Territorial de pensiones y Cesantías del Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina- FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS, mediante aviso publicado en *EL EXTRA*, diario de amplia circulación en el territorio insular, invitó a quienes se creyeran con igual o mayor derecho para reclamar dicha prestación, a presentarse en el término de 30 días contados a partir de la fecha de publicación, esto es, 23 de enero de 2015.

Mediante Resolución No. 001686 del 2015, el Secretario General de la Gobernación del Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, resolvió de forma negativa la petición del señor ORLANDO JIMENEZ PEREZ, luego de evacuar las diligencias pertinentes para establecer el derecho analizando el expediente de la señora DELTURNEY BERNARD MANUEL (Q.E.P.D), quien ostentó una pensión de invalidez reconocida mediante Resolución No. 960 del 23 de julio 1993.

Las consideraciones que fundamentaron la decisión adoptada mediante resolución No. 001686 de 2015, fueron las siguientes:

"Se procedió a darle el trámite pertinente a la solicitud procedimiento a ordenar los avisos de ley correspondientes según lo establece el artículo (Art.1 de la ley 44/80), presentándose en oposición a la solicitud de sobreviviente un escrito signado por los señores GUSTAVO GAITAN BERNARD, DEBORAH , ANA LUISA Y GILMA MARIA TOBAR BERNARD, dentro del cual manifiestan bajo la gravedad de juramento que su madre a la fecha de fallecimiento (15 de agosto de 2012), no tenía una convivencia afectiva con el señor ORLANDO JIMENEZ PEREZ, quien hace más de veinte (20) años está radicado en Cartagena, donde vive en compañía de su señora ELENA ARNEDO, con la que tiene un vínculo matrimonial de más de (50) años."

Luego de analizar lo establecido en el artículo 47 de la Ley 100/93, modificado por el art. 13 de la Ley 797 de 2003, en torno a la convivencia de no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a la muerte del pensionado, el despacho –secretaría General-, estableció lo siguiente:

"Que de lo expuesto en el presente acto administrativo se deduce que el señor ORLANDO JIMENEZ PEREZ, no acredita en debida forma su convivencia real con la causante fallecida DELTURNEY BERNARD MANUEL (Q:E:P:D), durante un lapso de tiempo superior a los últimos cinco (05) años antes de su fallecimiento."

Inconforme con la decisión, el señor ORLANDO JIMENEZ PEREZ, interpuso recurso de reposición y subsidio apelación en contra de la decisión contenida en el acto administrativo No. 001686 de 2015, respecto del cual le fue resuelto la reposición de forma negativa mediante Resolución No. 002225 del 14 de junio de 2016, notificado el día 15 del mismo mes y año. *f*



ARGUMENTOS DEL RECURSO

Los motivos de inconformidad respecto del acto administrativo Resolución No. 001686 de 2015, los sustentó el actor a través de apoderado mediante escrito de fecha 28 de mayo de 2015, del que se destaca:

" Valga desde ahora mencionar, que dicha decisión fue adoptada sin haber siquiera ordenado, aun de oficio, la práctica de las pruebas pertinentes y conducentes, o haber corrido traslado de las existentes al interesado, a fin de determinar no solo la existencia de la unión marital de hecho de mi poderdante con la señora BERNAD MANUEL, su convivencia, ayuda y socorro mutuo, sino para determinar la veracidad o no de la manifestación dada por los GAITAN Y TOBAR BERNARD; actividad administrativa que muy seguramente hubiese arrojado mejores elementos de juicio para mejor proveer, y que ahorra en virtud del presente memorial habrán de agotarse...

.... Para corroborar sus dichos, dentro de la foliatura del expediente contentivo de las diligencias administrativas se observan, entre otros documentos, las declaraciones extrajudiciales rendidas bajo la gravedad del juramento por las Señoras ALICIA PEREZ REALES e IRMA CLARA CASSIANI PACHECO ante Notario Único del Circulo de San Andrés, en las que sobre la existencia de la unión marital entre la causante y poderdante, declararon de manera clara, conteste y sin lugar a vacilaciones ni interpretaciones....

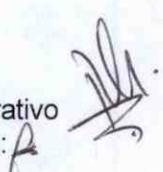
....Sin embargo, y pese a dichas declaraciones, reitero: claras, contestes y sin lugar a vacilaciones ni interpretaciones; el Despacho las echó de menos, no las valoró o, al menos, se reitera, no aparece consideración alguna en el acto administrativo que se impugna respecto de las mismas. Como garantía al debido proceso Constitucionalmente consagrado, era necesario que la entidad señalara las razones objetivas con fundamento en las causales desechaba estas declaraciones que constituyen, cuando menos, un indicio serio de la existencia de la convivencia, ayuda y socorro mutuo entre la señora DELTURNEY BERNARD MANUEL (q.e.p.d) y mi prohijado....."

Y es que afirmar que el señor ORLANDO JIMENEZ PEREZ " ...no tenía convivencia efectiva" con la finada, como lo afirman los Señores GAITAN y TOBAR BERNARD, no solo resulta ser una afirmación falaz y torticera, sino un despropósito que al faltar a la verdad, carece de valor probatorio.

En efecto, los testimonios que como prueba se solicitará al despacho practicar y decretar, darán cuenta con claridad diamantina que pese a que mi poderdante se trasladaba constantemente a la ciudad de Cartagena, hecho este que no se niega, este mantenía contacto permanente con la finada, contacto que se daba telefónicamente y que se hacía a diario dada la relación de pareja que ellos mantenían. Durante los últimos años el señor JIMENEZ PEREZ, con ocasión de dicha relación visitaba por largas y frecuentes temporadas a quien consideraba más que su compañera, su esposa, la Señora DELTURNEY BERNARD....

...Públicamente reconocidos y respetados como pareja y siempre fue de público conocimiento la convivencia entre ellos durante más de 20 años antes del fallecimiento de la causante...."

MATERIAL PROBATORIO

Las pruebas que le sirvieron de fundamento a la decisión contenida en el acto administrativo objeto del recurso en estudio, y que en general forma parte del expediente, entre otras son: 

Las decretadas y practicadas; testimonios de los señores GUSTAVO GAITAN BERNARD, DEVORAH TOBAR BERNARD, ANA LUISA TOBAR BERNARD, ALICIA REYES PEREZ, IRMA ELVIRA CASSIANI PACHECO, GEORGINA TOBAR BERNARD JAIRO TOBAR BERNARD y OLGA GAITAN BERNARD.

Certificado Oficina de Control de Residencia y Circulación OCCRE-

Y en general, el expediente contentivo del procedimiento administrativo.

CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

Una vez analizado el expediente contentivo de las actuaciones administrativas, adoptadas en el procedimiento desplegado en virtud de la solicitud de pensión de sobrevivientes elevada por el señor ORLANDO JIMENEZ BERNARD, encuentra el despacho que es preciso el estudio íntegro del material que forma el expediente para verificar la concurrencia y en general, el cumplimiento de los requisitos exigidos en el art 47 de la ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la ley 797 de 2003, ya mencionado, y que al tenor de la letra establece:

" Artículo 47.

Beneficiarios de la Pensión de Sobrevivientes. 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;*

*b) En forma temporal, el cónyuge o **la compañera permanente** supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga menos de 30 años de edad, y no haya procreado hijos con este. La pensión temporal se pagará mientras el beneficiario viva y tendrá una duración máxima de 20 años. En este caso, el beneficiario deberá cotizar al sistema para obtener su propia pensión, con cargo a dicha pensión. Si tiene hijos con el causante aplicará el literal a).*

*Si respecto de un pensionado hubiese un **compañero o compañera permanente**, con sociedad anterior conyugal no disuelta y derecho a percibir parte de la pensión de que tratan los literales a) y b) del presente artículo, dicha pensión se dividirá entre ellos (as) en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido.*

*En caso de convivencia simultánea en los últimos cinco años, antes del fallecimiento del causante entre un cónyuge 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;"*

Es del caso verificar si antes del fallecimiento de la señora DELTURNERY BERNAD MANUEL (q.e.p.d), hubo una efectiva convivencia entre ella y el hoy reclamante señor ORLANDO JINENEZ PEREZ, de no menos cinco (5) años continuos anteriores al

23 AGO 2016

“Continuación Decreto No. -003378- de _____”
fallecimiento de aquella, en los términos señalados por la norma anteriormente señalada, esto es: (i) deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte; y (ii) haya convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte, para ello se analiza el expediente en los siguientes términos:

De las declaraciones recibidas en testimonio, se tiene que efectivamente existe contradicción, pues, cuando unos declaran que **NO** hubo convivencia, GUSTAVO GAITAN BERNARD, DEVORAH TOBAR BERNARD y atendieron el aviso publicado oponiéndose a la solicitud de pensión de sobrevivientes ANA LUISA TOBAR BERNARD y GILMA TOBAR BERNARD, los otros GEORGINA TOBAR BERNARD, JAIRO TOBAR BERNARD y LIDIA SOFIA PEREZ GAITAN, declaran que **SI** hubo convivencia.

Además de los testimonios rendidos por las personas anteriormente señaladas, todos aquellos hijos y la última nieta de la señora DELTURNEY BERNARD MANUEL (q.e.p.d), se recibieron las declaraciones de las señoras IRMA ELVIRA CASSIANI PACHECO, CANDELARIA PEREZ ARZUZA, MARTHA CECILIA CARDONA RODRIGUEZ, MARIA NEWBALL BRITTON, ALICIA REYES PEREZ, quienes también afirmaron conocer de la existencia de vida marital y convivencia entre la difunta Sra. BERNARD MANUEL (q.e.p.d) y el señor ORLANDO JIMENEZ PEREZ.

De la prueba solicitada por el apoderado demandante, en su escrito de impugnación “**4.2 Oficios que se solicitan.**” Se tiene que a folios 92 y 93 del expediente el Dr. JOSEPH BARRERA KELLY, en su calidad de Director administrativo OCCRE, certifica que el señor ORLANDO JIMENEZ PEREZ, identificado con cedula de ciudadanía No. 876.647 de Cartagena, registra como movimiento migratoria, ingreso al territorio insular el 2012-08-16 y salida el 2012-09-16, sin que verifique algún otro registro de entrada o salida dentro de los cinco (5) años anteriores al fallecimiento de la señora BERNARD MANUEL, situación respecto del cual el apoderado solicitante de dicha prueba, guardó silencio, es más, visible a folio 24 del expediente se encuentra una certificación en la cual el 02 de marzo de 2001 el Director Seccional encargado- Grupo de Afiliación y Registro de la Caja Nacional de Previsión Social Seccional San Andrés, Dr. DELIO OLAVE BUITRAGO, hace constar que el señor JIMENEZ PEREZ, estuvo para esa fecha registrado como beneficiario en salud de la señora DELTURNEY BERNARD MANUEL y que le fueron trasladados los servicios a Cartagena desde años atrás debido a su residencia en dicha ciudad:

“
...El señor (a) **DELTURNEY BERNARD MANUEL**, identificado(a) con cedula de ciudadanía 23.2445.558 aparece registrado(a) en nuestra base de datos como pensionada del Fondo Territorial de Pensiones Departamental, entidad que se encuentra al día en sus aportes de Ley (Salud).

El cotizante en mención tiene registrado como beneficiario a su conyuge JIMENEZ PEREZ ORLANDO identificado con cedula de ciudadanía 876.647, a quien le fueron trasladados los servicios a Cartagena desde hace años atrás, ya que reside en esa ciudad.” subrayado fuera de texto.

La Corte Suprema de Justicia- Sala de Casación Laboral, en Sentencia **39641** de 2011 / F_CSJ_SCL **39641**(15_02_11)_2011), respecto del tema de convivencia, como requisito indispensable para acceder a la pensión de sobrevivencia, dijo lo siguiente:”

“ Sobre la correcta interpretación de la parte pertinente de la norma que se acaba de transcribir, que como se dijo introdujo modificaciones al artículo 47 de la Ley 100 de 1993, la Sala tuvo la oportunidad de pronunciarse y referirse al grupo de beneficiarios que interesan al presente recurso extraordinario, esto es, el cónyuge y la compañera o compañero permanente. Así, en sentencia calendada 20 de mayo de 2008 radicado 32393, donde se rememoró la decisión del 5 de abril de 2005 radicación 22560, se adoctrinó que frente al “...nuevo texto de la norma, mantiene la Sala su posición de que es **ineludible** al cónyuge supérstite o compañero (a) permanente, la **demostración de la existencia de esa**”

convivencia derivada del vínculo afectivo con el pensionado o afiliado al momento de su fallecimiento y, por lo menos, durante los cinco años continuos antes de éste, porque de perderse esa vocación de convivencia, al desaparecer la vida en común de la pareja o su vínculo afectivo, deja de ser miembro del grupo familiar del otro, y en estas circunstancias igualmente deja de ser beneficiario de su pensión de sobrevivientes.

Del mismo modo, en sentencia del 4 de noviembre de 2009 radicación 35809, esta Corporación puntualizó que el Juzgador debe analizar cada caso, en la medida que puede suceder que la interrupción de la convivencia, obedezca a una situación que no conlleve la pérdida del derecho, pues "con relación al texto del aparte a) del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el 13 de la Ley 797 de 2003, que si bien exige al cónyuge, compañera o compañero permanente, una **convivencia con el fallecido de 5 años continuos antes del deceso, no del todo puede afirmarse, categóricamente, como lo sostuvo el Tribunal, que ese lapso debe ser ininterrumpido, porque habrá casos en que las circunstancias impongan la interrupción, que no hacen perder la intención de convivir, y por ello no implica, entonces, per sé, la pérdida del derecho**".

Este criterio está acorde con lo también expuesto en casación del 28 de octubre de 2009 radicación 34899, reiterada en sentencias del 1° de diciembre de igual año y 31 de agosto de 2010, radicados 34415 y 39464, respectivamente, oportunidad en la cual se dijo "(.....) el alcance y entendimiento que le dio el sentenciador de segundo grado al artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el 13 de la Ley 797 de 2002 (sic), no resulta desacertado, pues de conformidad con dicha preceptiva, la **convivencia entre los cónyuges no desaparece por la sola ausencia física de alguno de los dos, cuando ello ocurre por motivos justificables, como de salud, oportunidades u obligaciones laborales, imperativos legales o económicos, entre otros, tal como lo coligió con acierto el Tribunal**".

De acuerdo con lo precedente y vista la motivación de la sentencia impugnada, el Tribunal interpretó correctamente el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, al considerar a la luz de esa normatividad, como un requisito ineludible para obtener la pensión de sobreviviente, la <convivencia efectiva al momento de la muerte del pensionado>, tratándose de beneficiarios como el cónyuge y la compañera o compañero permanentes; así mismo, puso de presente que "esa convivencia no necesariamente se tenía que dar bajo el mismo techo, pero sí tiene que existir certeza que se conserva como tal así se estén habitando lugares diferentes, lo que impone entonces la tarea de verificar cómo fue que se dio esa convivencia", todo lo cual se enmarca dentro de las directrices o enseñanzas jurisprudenciales antes evocadas." Subrayados fuera del texto original.

De lo anterior se concluye en materia de convivencia, como requisito establecido en el art 47 de la ley 100 de 1993, que ella puede desaparecer, y tiende a hacerlo, como en efecto lo hace, cuando ya no hay vida en común o desvanece ese elemento afectivo con el que se inició la relación y desarrolló la vida en pareja, y que general, crea y consolida un sentimiento que une u origina lazos de familia, situación que observa este artículo en aras de evitar fraudes al sistema permitiendo que terceros quienes dejaron de convivir con el causante durante los últimos cinco (05) años de su vida y que dejaron de ser miembros de su familia, puedan acceder a su pensión como sobrevivientes, situación que conlleva a la pérdida del derecho.

Así las cosas, tal como lo menciona la Honorable Corte, puede haber interrupción de la convivencia sin que ello implique la pérdida del derecho, ante circunstancias como las contempladas "salud, oportunidades u obligaciones laborales, imperativos legales o económicos, entre otros", sin embargo, respecto del expediente que nos ocupa, no solo estamos ante una interrupción de la convivencia del que dan cuenta algunas de las declaraciones, sino que además, mientras unos testigos mencionan que los tiempos de separación física obedecieron a cuestiones de salud del señor JIMENEZ PEREZ, los otros afirman que tal separación además de física, fue sentimental (folio 32-33), y que se remonta a más de 15 años anteriores al fallecimiento de la causante, inclusive hacen

alusión a una presunta situación de abandono como la descrita por los señores GUSTAVO GAITAN BERNARD y DEBORAH TOBAR BERNARD, testimonios contradictorios que le generan al despacho dudas que no se han podido despejar con el análisis del expediente, situación que no permiten tener certeza respecto del cumplimiento de los requisitos que en términos de la corte, son ineludibles para acceder a la pensión solicitada.

En ese orden de ideas, la diversidad de testimonios respecto de la vida marital y convivencia suscitada entre el señor ORLANDO JIMENEZ BERNARD y la señora DELTURNY BERNARD MANUEL (q.e.p.d), no genera la confianza necesaria que conduzca a la validez de la información, los testimonios contradictorios que fluyen de las pruebas no permiten atribuir mayor, o menor grado de certeza a las declaraciones, situación que los ubica en el mismo plano de lo plausible o implausible, sin que se pueda determinar cuales pertenecen a uno u otro.

En mérito de lo anterior, el Gobernador del Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, en uso de sus facultades legales,

RESUELVE

ARTICULO PRIMERO: CONFÍRMESE en todas sus partes la decisión contenida en la Resolución No. 001686 del 22 de abril del 2016 "**Por medio de la cual se resuelve una solicitud de pensión de sobrevivientes.**", proferida por la Secretaria General del Departamento.

ARTICULO SEGUNDO: Notifíquese a las partes y/o a sus apoderados, la presente decisión.

ARTICULO TERCERO: Contra la presente resolución no procede recurso algún conforme lo establece el artículo 74 numeral 2, inciso 2 y 3 de la ley 1437 de 2011, actual Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

ARTÍCULO CUARTO: Devuélvase el expediente a la oficina de origen una vez ejecutoriado y en firme la presente resolución, para lo de su competencia.

COMUNIQUESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

Dado en San Andrés Isla,

23 AGO 2016

RONALD HOUSNI JALLER
Gobernador

Proyecto: HForbes
Revisó: SGordon
Aprobó: Ronald Housni Jaller