

SUSTITUCION PENSIONAL - Beneficiarlos / CONYUGE SUPERSTITE / DERECHO PREFERENCIAL / COMPAÑERA PERMANENTE

El cónyuge supérstite o la compañera permanente de un trabajador particular o de un empleado o trabajador del sector público, bien sea que la persona hubiese fallecido antes de cumplir la edad para acceder a la pensión de jubilación, pero sí el tiempo de servicio requerido al efecto, o que al momento de su deceso estuviese disfrutando de ella, tiene derecho, por sustitución; a que se reconozca en su favor tal prestación. Mas como el cónyuge ostenta el derecho preferencial para acceder a ella, la Ley 12 de 1975, definió cuando se pierde esa prerrogativa, aclarando que ello ocurre cuando por su culpa no viviere unido al causante en el momento de su fallecimiento, o cuando contraiga nuevas nupcias o haga vida marital.

SUSTITUCION PENSIONAL / EMPLEADO MUNICIPAL / NORMA NACIONAL - Inaplicacion

La controversia planteada en el sub lite no puede dilucidarse con base en lo dispuesto en los decretos 1045 de 1978 y 1660 de 1989, invocados con la colaboradora fiscal, en virtud de que el primero, fija reglas generales para la aplicación de la normas sobre prestaciones sociales de los empleados públicos y trabajadores oficiales del sector nacional y el señor Santos Duitama Ojeda, de cuya sustitución pensional se trata, fue un servidor del sector municipal y por que su fallecimiento acaeció el 18 de julio de 1988, esto es, con antelación a la expedición del decreto 1660 de 1989. De modo que la situación fáctica que aquí se presenta no puede gobernarse por los preceptos consagrados en tales estatutos.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

Consejero ponente: DIEGO YOUNES MORENO

Santa Fe de Bogotá, D.C., treinta (30) de noviembre de mil novecientos noventa y tres (1993)

Radicación número: 5619

Actor: TRANSITO SANCHEZ ARGUELLO

Demandado: CAJA DE PREVISION SOCIAL MUNICIPAL DE BUCARAMANGA

La señora Tránsito. Sánchez Arguello, por conducto de apoderado y en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, instauró demanda ante el Tribunal Administrativo de Santander para pedir la declaración de nulidad

de la resolución número 972 de 5 de abril de 1989 de la Caja de Previsión Social Municipal de Bucaramanga, por la cual se repuso la número 1539 de 1988 y se reconoció a la señora Alcira Rodríguez de Duitama el derecho a disfrutar, por sustitución, la pensión mensual vitalicia de jubilación correspondiente al señor Santos Duitama Ojeda. Solicita además que, en consecuencia, se ordene reconocerle y pagarle el mencionado derecho pensional y las mesadas correspondientes, a partir del 18 de julio de 1988, fecha del fallecimiento del señor Duitama Ojeda.

Los hechos en que se sustentan las pretensiones se sintetizan así:

El señor Santos Duitama Ojeda, quien contrajo matrimonio católico con Alcira Rodríguez, y se separó de ésta, de hecho, en 1978 y de bienes mediante sentencia de lo. de diciembre de 1982, emanada del Juzgado Primero Civil del Circuito de Bucaramanga, disfrutaba de una pensión mensual vitalicia de jubilación reconocida por la Caja de Previsión Social de esa ciudad, desde 1987 y falleció el 18 de julio de 1988.

La demandante que desde el año de 1978 vivió continua y permanentemente con el señor Duitama Ojeda y lo asistió y ayudó en sus últimos años de vida, al igual que la señora Alcira Rodríguez, en su condición de cónyuge supérstite, reclamaron la sustitución de la pensión que aquel disfrutaba.

La Caja de Previsión mencionada, mediante resolución número 1539 de 3 de octubre de 1988, le reconoció a la actora el derecho a disfrutar, por sustitución, de dicha prestación. No obstante, esta decisión fue revocada por el acto acusado, por el cual se dispuso reconocer ese derecho a la señora Alcira Rodríguez, sin tener en cuenta que en el proceso obraban pruebas que acreditaban que el señor

Duitama Ojeda no vivía con su esposa desde 1987, - por causa de ésta, - sentencia de separación de bienes y testimonios de Hilda Herrera de Luna, Raúl Otero Corzo y Cecilia Pinzón de Rodríguez, y que la actora era compañera permanente - del causante documento suscrito por Duitama Ojeda el 19 de agosto de M7, dirigido a la Caja de Previsión Social Municipal de Bucaramanga.

Cita como disposiciones transgredidas por los actos acusados los artículos 1º. de la ley 12 de 1975 y 2o. de la ley 113 de 1985, sobre cuyo concepto de violación discurre a folios 41 a 44 del expediente.

El Tribunal del conocimiento en la sentencia impugnada declaró la nulidad del acto acusado y ordenó a la Caja de Previsión Social Municipal de Bucaramanga reconocerle a la demandante el derecho a disfrutar, por sustitución, de la pensión de jubilación que percibía el señor Santos Duitama Ojeda, para lo cual, luego de precisar que las leyes 12 de 1975 y 113 de 1985 extendieron al compañero y compañera permanente el derecho a la sustitución pensional del trabajador fallecido después de haber cumplido el tiempo de servicio requerido para tener derecho a la pensión de jubilación, sin haber cumplido la edad, de determinar cuáles eran los medios probatorios idóneos para acreditar la calidad de compañero o compañera permanente y de indicar que el Decreto 1660 de 1989 sólo exige el estado civil de soltero al compañero o compañera y no al causante, expresó :

"En el caso que nos ocupa, no estando demostrado que la demandante Tránsito Sánchez Arguello tuviese el estado civil de casada, a más del de compañera permanente del difunto Santos Duitama forzoso es concluir que ella es la titular del derecho a la sustitución pensional, ya que el estado civil de casada no

es presumible como que precisa demostrarse y en forma debida con el acta respectiva del matrimonio". (folios 219 y 220).

EL RECURSO

El apoderado de la señora Alcira Rodríguez de Duitama al sustentar la alzada aduce que el artículo 55 de la ley 90 de 1946, le confiere derechos para la sustitución pensional a la mujer con quien el asegurado haya hecho vida marital durante los tres años inmediatamente anteriores a su muerte. Sin embargo, aunque la demandante demostró que hizo vida marital con el señor Santos Duitama Ojeda durante dicho lapso, también aparece acreditado que subsistía el vínculo matrimonial entre ella y el causante, y esa circunstancia, asevera, impide la aplicación de la citada norma, por cuanto los derechos de la mujer que haga vida marital con el asegurado, están condicionados a la falta de la viuda.

Funda igualmente su censura en el hecho de que el a quo sustenta el fallo en el artículo 54 del Decreto 1045 de 1978, cuando en esta norma se estatuye la imposibilidad de conocer la calidad de compañera, cuando el asegurado tenga el estado civil de casado, y en el *sub - lite* se halla demostrado que Santos Duitama ostentaba esa calidad, y no se puede admitir que se está frente a la excepción que allí se consagra salvo en casos de separación de cuerpos, pues en autos no figura la sentencia judicial de separación de cuerpos entre ella y el señor Duitama Ojeda.

Y finaliza el recurrente arguyendo que:

"Curiosamente el Honorable Tribunal, hace referencia a la ley 12 de 1975, omitiendo referirse a la ley 113 de 1985, que adicionó la ley 12 de 1975; estableciendo en su artículo primero que para los efectos del artículo primero de la

ley 12 de 1975, se entenderá que es cónyuge *supérstite* el esposo o esposa de la persona fallecida siempre y cuando se hallare vigente el vínculo matrimonial según la ley colombiana en la fecha de la muerte. Cosa que esta plenamente probada dentro del proceso". (folio 224).

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

La Doctora Fiscal Quinto del Consejo de Estado opina que la sentencia debe confirmarse, por cuanto se encuentra demostrado que la señora Alcira Rodríguez de Duitama no es beneficiaria de la sustitución pensional de su esposo, en virtud de que la sociedad conyugal fue disuelta por la causal 3o. del artículo 1820 del Código Civil y el artículo 47 del Decreto 1045 de 1978, estipula que en tal evento se pierde el derecho a esa prestación social.

En cambio, asevera, en autos se demostró "que la demandante hizo vida marital con el causante en el año inmediatamente anterior al fallecimiento, que ocurrió el día 18 de febrero de 1988. Así lo declararon extrajuicio, ante el Juzgado Quinto Civil Municipal de Bucaramanga, el señor Raúl Otero Corzo, las señoras Cecilia Pinzón de Rodríguez, Helda Herrera de Luna y, también ante el Tribunal Administrativo de Bucaramanga esta última". (folios 243 y 244).

Llegado el momento de fallar el recurso, a ello se procede, previas las siguientes

CONSIDERACIONES:

En primer lugar, la Sala debe precisar que la controversia planteada en el *sub lite* no puede dilucidarse con base en lo dispuesto en los Decretos 1045 de 1978 y 1660 de 1989, invocados por la colaboradora Fiscal, en virtud de que el primero, fija reglas generales para la aplicación de las normas sobre prestaciones sociales de los empleados públicos y trabajadores oficiales del sector nacional y el señor Santos Duitama Ojeda, de cuya sustitución pensional se trata, fue un servidor del sector municipal y porque su fallecimiento acaeció el 18 de julio de 1988, esto es, con antelación a la expedición del Decreto 1660 de 1989. De modo que la situación fáctica que aquí se presenta no puede gobernarse por los preceptos consagrados en tales estatutos.

Por regular en forma general lo concerniente a la sustitución pensional, vale decir, tanto para los trabajadores particulares como para los empleados o trabajadores del sector público de cualquier orden y por hallarse vigente en ese momento histórico'(deceso del señor Duitama Ojeda), son disposiciones aplicables al caso debatido, las contenidas en las leyes 12 de 1975 y 113 de 1985 preceptúan:

"LEY 12. - ART. 1o. - 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 este falleciera 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.

ART. 2o. - Este derecho lo pierde el cónyuge sobreviviente cuando que por su culpa no viviera unido al otro en el momento de su fallecimiento, o cuando

contraiga nuevas nupcias o haga vida marital, y los hijo por llegar a la mayoría de edad o cesar la incapacidad".

"LEY 113. ART. lo. Para los efectos del artículo lo. de la ley 12 de 1975, se entenderá que es cónyuge supérstite el esposo o esposa de la persona fallecida, siempre y cuando se hallare vigente el vínculo matrimonial según la ley colombiana en la fecha de la muerte.

PARAGRAFO 1°. - El derecho de sustitución procede tanto cuando el trabajador fallecido estaba pensionado como cuando había adquirido el derecho a pensión.

PARAGRAFO 2o. - Si se diere el caso previsto por el numeral 12 del artículo 140 del Código Civil, sólo tendrá derecho a la pensión de jubilación el hombre o mujer con quien la persona muerta contrajo primer matrimonio.

ART. 2o. - Se extienden las previsiones del artículo lo. de la ley 12 de 1975 y las disposiciones que las complementan al compañero permanente de la mujer fallecida.

De acuerdo con estas normas, el cónyuge supérstite o la compañera permanente de un trabajador particular o de un empleado o trabajador del sector público, bien sea que la persona hubiese fallecido antes de cumplir la edad para acceder a la pensión de jubilación, pero sí el tiempo de servicio requerido al efecto, o que al momento de su deceso estuviese disfrutando de ella, tiene derecho, por sustitución, a que se reconozca en su favor tal prestación.

Mas como el cónyuge ostenta el derecho preferencial para acceder a ella, la ley 12 de 1975, definió cuándo se pierde esa prerrogativa, aclarando que, ello ocurre cuando por su culpa no viviere unido al causante en el momento de su fallecimiento, o cuando contraiga nuevas nupcias o haga vida marital.

Según lo sostiene la apelante, desde mucho antes de la muerte de su esposo, no convivía con él, quien lo hacía con la señora Tránsito Sánchez Arguello.

Siendo el anterior un hecho plenamente establecido, solo, resta establecer si los esposos no vivían unidos por culpa de la cónyuge, asunto respecto del cual los autos demuestran lo siguiente:

Según la sentencia de separación de bienes y liquidación de la sociedad conyugal, los testigos que depusieron en el proceso respectivo, entre ellos un hermano de la señora Alcira Rodríguez, quien declaró a petición suya, dan cuenta que el señor Santos Duitama se retiró del hogar., por razón de las salidas cotidianas de aquella para asistir al culto religioso.

El Juez en la sentencia destacó que la testigo María Vargas señaló que la esposa llegaba tarde a casa porque asistía al culto, por lo cual su esposo le reclamaba (fi. 62); que Luís A. Rodríguez hermano de Alcira, ratifica lo expresado por María Barbosa, en el sentido de que por la frecuentes salidas al culto de la esposa, el señor Duitama Ojeda se retiró del hogar.

Así mismo el fallador, concluyó el análisis probatorio, aseverando que del haz de testimonios recepcionados se infería que la esposa del señor Duitama Ojeda cambió de religión y a ella dedicaba varios días de la semana desde las 7 p.m. hasta después de las nueve de la noche y que de ahí surgió un factor grave de

perturbación, "que solo puede, superarse en casos muy especiales de comprensión o en personas de cierta cultura, no siendo este el caso de los pleitantes". (folio 63).

De otra parte, el señor Humberto Amaya Amaya, quien con su familia vivió en arrendamiento en un apartamento del piso superior de la casa que ocupaban los esposos Duitama Rodríguez, declara que indudablemente la asidua asistencia de Alcira Rodríguez al culto religioso produjo desavenencias entre ésta y su cónyuge, pues las frecuentes salidas de aquella al culto evangélico, su ausencia de la casa al llegar Santos Duitama a su hogar en horas de la tarde, las preguntas que éste les formulaba acerca de dónde se hallaba su esposa y el hecho de que en ocasiones, hallándose ya acostados (el declarante y su esposa), se percataba de la llegada de Alcira y escuchaba que su esposo le reprochaba por abandonar el hogar por irse para el culto, son demostrativos de tales desavenencias.

Lo dicho por el señor Amaya Amaya, armoniza con lo depuesto en el presente proceso por Helda Herrera de Luna y Cecilia Pinzón de Rodríguez, quienes, en su orden, dicen que los problemas entre los esposos Duitama Rodríguez, según comentarios de Santos, se debieron a que "ella se había ido para otra religión y que a veces no la encontraba en la casa, ni la comida ni la ropa se la atendía, que él ya no tenía ninguna atención en la casa". (folios 183 y 184), y que el "matrimonio se había dañado porque ella había entrado a otra religión". (folio 188).

De acuerdo con lo anterior, a juicio de la Sala, se encuentra acreditado que el causante, al momento de su deceso, no vivía con su cónyuge por culpa de ésta. Por tanto y de conformidad con las previsiones del artículo 2o. de la ley 12 de 1975, perdió el derecho a disfrutar por sustitución de la pensión de jubilación que

desde el mes de agosto de 1987, la Caja de Previsión Social Municipal de Bucaramanga le había reconocido al señor Santos Duitama Ojeda.

No se trata de censurar el abrazo de un nuevo culto, lo cual es el desarrollo de un derecho Constitucional, sino haberse dedicado a los ritos correspondientes, tan asiduamente y en las horas que demandaban su presencia en el hogar, que por su ausencia ocasionaron según las pruebas que obran en el plenario dificultades de tipo doméstico.

En el expediente también se encuentra demostrado que la señora Tránsito Sánchez Arguello, desde muchos años antes del deceso del señor Santos Duitama Ojeda, más exactamente, como éste lo precisó, desde 1979, era su compañera permanente. No sólo lo afirman las personas que rindieron las declaraciones que aquella adjuntó a la solicitud de sustitución pensional, sino que lo reconoce la esposa de Duitama Ojeda, en varios escritos allegados a los autos y el mismo causante lo atesta en el documento que el 19 de agosto de 1987 presentó a la Caja de Previsión Social de Bucaramanga, en el cual solicitaba que en caso de él fallecer, se le reconociera la pensión de jubilación que disfrutaba a la señora Sánchez Arguello. (folio 37).

De acuerdo con lo expuesto y a la luz de la preceptiva jurídica que gobierna la materia, en razón de haber acreditado en debida forma, su calidad de compañera permanente del de cujus, con posterioridad a la separación de su esposa y hasta su fallecimiento, procede el reconocimiento a favor de la actora de la sustitución de la pensión de jubilación que aquel venía disfrutando, desde la fecha de su fallecimiento.

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

FALLA:

Confírmase la sentencia de 19 de noviembre de 1990 del Tribunal Administrativo de Santander en el proceso promovido por la señora Tránsito Sánchez Arguello a fin de obtener la declaratoria de nulidad de la resolución número 972 de 5 de abril de 1989, expedida por la Caja de Previsión Social de Bucaramanga.

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

El anterior proyecto fue leído, discutido y aprobado por la Sala en sesión celebrada el día veintiocho (28) de octubre de mil novecientos noventa y tres (1993).

DIEGO YOUNES MORENO

**CLARA FORERO DE CASTRO
SALVO VOTO**

CARLOS A. ORJUELA GÓNGORA

JOAQUÍN BARRETO RUÍZ

ALVARO LECOMPTE LUNA

**DOLLY PEDRAZA DE ARENAS
SALVO VOTO**

**ENEIDA WADNIPAR RAMOS
SECRETARIA**

SALVAMENTO DE VOTO

SUSTITUCION PENSIONAL - Perdida / CULPA DE LA CONYUGE SUPERSTITE - Inexistencia

Por el solo hecho de haber profesado una religión distinta a la católica y asistido asiduamente al culto propio de ella, no puede afirmarse que tuvo la culpa de la separación de, su esposo. Menos aún cuando se comprueba que por la misma época en que eso ocurrió, el señor Santos Duitama Ojeda mantenía relaciones sentimentales y convivió con la persona que ahora goza de la sustitución pensional en calidad de compañera permanente. Parece ser entonces, que quien tuvo la culpa de separación fue el señor Santos Duitama y no su esposa; y en todo caso sin prueba suficiente que demostrara la culpa de esta, no se configuraba la causal de pérdida de la sustitución pensional.

NOTA DE RELATORÍA: A este salvamento adhiere la DRA. DOLLY PEDRAZA DE ARENAS.

Consejero ponente: CLARA FORERO DE CASTRO

Santa Fe de Bogotá, D.C., dos (2) de diciembre de mil novecientos noventa y tres (1993)

Radicación número: 5619

Actor: TRANSITO SANCHEZ ARGUELLO

Demandado: CAJA DE PREVISION SOCIAL MUNICIPAL DE BUCARAMANGA

Respetuosamente me aparto de la decisión que mayoritariamente adoptó la Sala, por cuanto considero que la actora de acuerdo con las pruebas analizadas, no ha debido perder el derecho a la sustitución de la pensión de que disfrutó su cónyuge.

Estimo que por el solo hecho de haber profesado una religión distinta de la Católica y asistido asiduamente al culto propio de ella, no puede afirmarse que tuvo la culpa de la separación de su esposo. Menos aún cuando se comprueba que por la misma época en que eso ocurrió, el señor Santos Duitama Ojeda mantenía relaciones sentimentales y convivió con la persona que ahora goza de la sustitución pensional en calidad de compañera permanente.

Parece ser entonces, que quien tuvo la culpa de la separación fue el señor Santos Duitama y no su esposa; y en todo caso sin prueba suficiente que

demonstrara la culpa de está, no se configuraba la causal de pérdida de la sustitución pensional.

Atentamente,

CLARA FORERO DE CASTRO