

SUSTITUCION ASIGNACION DE RETIRO – Cónyuge supérstite / ASIGNACION DE RETIRO – Conflicto de asignación entre cónyuge y compañera permanente / SUSTITUCION PENSIONAL – Criterio material de convivencia / CRITERIO MATERIAL DE CONVIVENCIA – Asignación sustitución pensional

Pero como dentro del presente proceso tampoco se aportó el registro civil de matrimonio de la Sra. Nora Helena Naranjo con el de *cujus*, toma relevancia la tesis a partir de la cual esta Corporación ha definido situaciones en que existen varios potenciales reclamantes de la pensión de sobrevivientes y/o sustitución pensional, de suerte que el camino asumido por el *a quo* para dirimir el conflicto es correcto, es decir, el criterio material de convivencia y no el criterio formal de un vínculo como factor determinante para establecer a quién le asiste el derecho a la sustitución pensional. Puesta en su justo contexto la situación dirá esta Sala, de una parte, que más allá de no haberse aportado al presente proceso la prueba principal formal de la existencia del vínculo matrimonial, la entidad demandada -así sea con prueba supletoria- partió de que existió dicho vínculo desde el 17 de marzo de 1978 y, de la otra, quedo suficientemente corroborado en el expediente -con prueba testimonial¹- que desde esa época hasta el día del fallecimiento del Coronel Rafael Gómez Gómez, quien lo acompañó y le prestó ayuda y colaboración fue la Sra. Nora Elena Naranjo, y que ella dependía económicamente de él, ello no tiene discusión.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN SEGUNDA

SUBSECCIÓN A

Concejero ponente: GUSTAVO EDUARDO GOMEZ ARANGUREN

Bogotá D.C., veinte (20) de octubre de dos mil catorce (2014)

Radicación número: 15001-23-31-000-2004-01437-01(3628-13)

Actor: NORA ELENA NARANJO DE GÓMEZ

Demandado: CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES

CONSULTA SENTENCIA

AUTORIDADES NACIONALES

Se revisa en grado de consulta sentencia proferida por el Despacho de Descongestión No. 3 del Tribunal Administrativo de Boyacá, que accedió a las súplicas de la demanda dentro del proceso de la referencia.

¹ Ver fls.113 y 115, así como fls.174-176.

ANTECEDENTES

En ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho consagrada en el artículo 85 del C.C.A., la actora demanda² se declare la nulidad de los actos administrativos contenidos en las Resoluciones 4946 y 0311 del 25 de noviembre de 2002 y 7 de febrero de 2003 respectivamente, expedidas por la Dirección General de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares.

Como resultado de la nulidad de los actos solicita se ordene a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares reconocerle y pagarle: **i)** la sustitución de la pensión de jubilación que venía disfrutando su cónyuge, el Coronel retirado y fallecido Rafael Gómez Gómez; **ii)** los reajustes legales y las mesadas adicionales de junio y diciembre; **iii)** los intereses de mora conforme el artículo 177 del C.C.A., o en su defecto los establecidos en el artículo 41 de la Ley 100 de 1993 en el evento de serle más favorable, y **iv)** la indexación de las mesadas pensionales en los términos del artículos 178 del *ídem*.

Los hechos sustento de lo pretendido se resumen así:

El Coronel Rafael Gómez Gómez fue pensionado por el Ministerio de Defensa Nacional mediante Resolución No. 3015 del 28 de julio de 1958, con efectos a partir del 1º de agosto del mismo año, en cuantía equivalente al 85% del sueldo básico de actividad.

El pensionado Coronel Gómez Gómez contrajo matrimonio católico en Bogotá el 17 de marzo de 1978 con la Sra. Nora Elena Naranjo, y falleció en esta ciudad el 8 de agosto de 2002.

La Sra. Nora Elena Naranjo convivió de manera permanente y bajo el mismo techo con el Coronel Gómez hasta el momento de su muerte, y dependió económicamente de él sin contar con otra fuente de ingresos.

La actora en su condición de cónyuge *supérstite* solicitó a la Dirección General de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares la sustitución pensional.

Mediante Resolución 4946 del 25 de diciembre de 2002 la entidad accionada dio

² El escrito de demanda obra a fls.15-22. Presentada el 5 de mayo de 2003 ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca (reverso fl.22), que por Auto del 19 de febrero de 2004 dispuso *-por competencia territorial-* enviar el proceso al Tribunal Administrativo de Boyacá (fl.54). Este Tribunal avocó su conocimiento mediante proveído del 28 de julio de 2004 (fl.57).

Observación: La parte actora modificó la demanda inicial a través de escrito presentado el 28 de marzo de 2005 (fls.75-83).

respuesta a la petición anterior, en la que ordenó pagarle al Sr. Gabriel Gómez Orjuela el 50% de la pensión de jubilación del fallecido Coronel y dejó pendiente el reconocimiento del otro 50% hasta tanto la justicia dirimiera la controversia suscitada entre la demandante y la Sra. Teresa Orjuela, ya que una y otra alegaban ser las cónyuges del causante.

Interpuso recurso de reposición contra la anterior decisión, que fue decidido por la Caja a través de la Resolución 0311 del 7 de febrero de 2003 confirmando la posición inicial.

Que antes de fallecer el aludido pensionado suscribió un documento que no alcanzó a llegar a manos de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, en el cual dijo que la actora venía acompañándolo y cumpliendo sus deberes de esposa desde el día en que contrajeron matrimonio.

Culminó anotando que la decisión de la Caja le ha generado serios perjuicios porque le han dejado sin recursos para atender sus necesidades básicas, como alojamiento y alimentación.

Normas violadas y concepto de violación

Como vulnerados menciona los artículos 11, 13, 46, 48 y 53 de la Constitución Política.

Anota que el derecho a la seguridad social es fundamental por conexidad con el derecho a la vida, la integridad física, el libre desarrollo de la personalidad, de la tercera edad y la dignidad personal, como quiera que la pensión de jubilación cubre el riesgo de la vejez de quien ha trabajado durante un determinado tiempo y ha sufrido el desgaste de su vida por la fuerza que ha desarrollado.

Que en su caso los anteriores derechos son desconocidos cuando la entidad accionada suspende el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación con base en el artículo 237 del Decreto 1211 de 1990, porque esta norma únicamente permitía a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares suspender el reconocimiento si para el momento de expedir el acto existía controversia judicial, lo que no había ocurrido.

Por ello -dijo- la Caja quebrantó el recto entendimiento de este artículo y del 9º de la Ley 447 de 1998 por el no pago oportuno de la pensión de jubilación.

Contestación de la demanda

A través de providencia del 6 de junio de 2007 el Tribunal dio por no contestada la demanda, porque la accionada no subsanó en término falencias relacionadas con el poder conferido al profesional de derecho que actuaría en representación de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares (fls.162-163).

LA SENTENCIA³

El Despacho de Descongestión No. 3 del Tribunal Administrativo de Boyacá dictó sentencia el 2 de julio de 2013 y resolvió i) declarar la nulidad de los actos demandados; ii) condenar a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares a reconocer y pagar la sustitución de la pensión a la Sra. Nora Elena Naranjo de Gómez, en cuantía equivalente al 50% a partir del 9 de agosto de 2002, y que la suma que resulte a su favor se indexe conforme la fórmula que tiene acogida de tiempo atrás el Consejo de Estado; iii) dar cumplimiento a la sentencia en los términos del artículo 176 y 177 del C.C.A., y no condenó en costas.

Para asumir la determinación anterior el Tribunal trajo a colación -del régimen especial de las fuerzas militares contenido en el Decreto 1211 de 1990- los diversos artículos relacionados con la sustitución de la asignación de retiro⁴, para señalar que en tratándose de la cónyuge los requisitos se reducen a probar la existencia de una vida en común con el pensionado para el momento de su muerte, salvo que la ruptura de dicha convivencia se haya originado sin culpa del cónyuge *supérstite*, caso en el cual la inexistencia de la misma no impide el reconocimiento del derecho pensional por vía de sustitución.

Resaltó que conforme prueba testimonial que obra en el proceso la actora fue casada con el Coronel Rafael Gómez, convivió con éste hasta el momento de su fallecimiento y dependió económicamente de él, y que si bien no obra copia del registro Civil de matrimonio debe tenerse en cuenta que en los actos cuestionados se dice que en el expediente administrativo obra "*partida eclesiástica de dicho matrimonio, celebrado el 17 de marzo de 1978*", circunstancia que se tendrá en cuenta para acreditar la condición de la actora, porque este punto no fue materia de controversia en sede administrativa y la sustitución fue negada por razones diferentes.

En razón a lo anterior el *a quo* manifestó que aun si se tuviera como no probado el vínculo matrimonial, la convivencia demostrada "*permitiría reconocer la prestación pues*

³ Obra a fls.255-262.

⁴ Entre ellos los artículos 185,188 y 195 del Decreto 1211 de 1990.

el derecho a la sustitución de la asignación de retiro no es exclusiva del cónyuge y tampoco está atada a la existencia de un vínculo matrimonial”, y trae a cita sentencia de esta Corporación⁵ para señalar que al haberse demostrado la convivencia efectiva de la accionante con el fallecido Coronel Rafael Gómez durante los últimos años de su vida, “resulta suficiente para concluir que la actora tiene derecho al reconocimiento de la sustitución de la pensión, circunstancia que no se puede predicar de la señora Teresa Orjuela⁶, pues es claro que agotado el trámite procesal, no se evidencia que hubiera convivido con el causante. Es más, la prueba documental obrante enseña lo contrario, pues según se consignó en los oficios que la señora Orjuela dirigió a la Entidad accionada, ésta llevaba aproximadamente treinta y ocho (38) años sin convivir con el fallecido Coronel”.

Que si bien la Sra. Teresa Orjuela afirmó en oficio del 17 de octubre de 2002, dirigido a la Dirección General de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, que el de *cujus* la había abandonado hacía 38 años, no probó tal situación, es decir, que la ruptura de la convivencia se hubiera originando sin su culpa, como lo exige el artículo 195 del Decreto 1211 de 1990 para no perder el derecho a la sustitución.

CONSULTA

No existió actuación durante la primera instancia por parte de la entidad accionada ni recurrió la decisión del Tribunal, motivo por el cual la sentencia sube en grado jurisdiccional de consulta conforme el artículo 184 del C.C.A.

ALEGATOS DE INSTANCIA

La demandante guardó silencio.

La entidad accionada presentó alegatos⁷ anotando que los actos censurados se hallan ajustados a derecho porque al existir dos peticionarias con vínculo matrimonial vigente, no era la competente para dirimir la situación hasta tanto existiera un pronunciamiento judicial.

⁵ Sentencia de la Sección Segunda, Subsección B, del 22 de julio de 2010, radicado interno 1785-08, CP Dr. Gerardo Arenas Monsalve.

⁶ El Tribunal vinculó al proceso a la Sra. Teresa Orjuela como litisconsorte necesario mediante Auto del 23 de marzo de 2011 (fls.198-200). Y dentro del mismo estuvo representada por curador *ad litem*.

⁷ Fls.280-282.

El Ministerio Público rindió concepto⁸ solicitando confirmar la decisión consultada, y adujo que quedó debidamente acreditada la convivencia de la actora con el pensionado fallecido “y también acreditó su vínculo matrimonial con el causante”.

No observándose causal de nulidad que pueda invalidar lo actuado se procede a decidir previas las siguientes,

ONSIDERACIONES

EL PROBLEMA JURÍDICO.

En esta ocasión se circunscribe a analizar la legalidad del acto administrativo cuestionado, y para ello corresponde a la Sala establecer si la Sra. Nora Elena Naranjo de Gómez tiene derecho a la sustitución pensional de su fallecido cónyuge Coronel Rafael Gómez Gómez.

En procura de dilucidar el tema se destacarán unos hechos que aparecen probados, luego se bosquejará brevemente el marco legal y jurisprudencial de los beneficiarios de las prestaciones sociales de oficiales y suboficiales de las fuerzas militares con asignación de retiro, para finalmente contrastar todo ello con la situación de la actora y definir el caso.

1. Hechos Probados

1.1. Mediante la Resolución No. 4946 del 25 de noviembre de 2002 -objeto de demanda-, la Dirección General de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares dejó pendiente por reconocer y pagar el 50% de la pensión de beneficiarios del mismo (fls.4-9). Del contenido de esta resolución se obtiene que:

1.1.1. El Coronel Rafael Gómez Gómez devengaba asignación de retiro desde el 1º de agosto de 1958, aprobada mediante Resolución No. 3015 del 28 de julio de ese año en cuantía equivalente al 85%, modificada al 95% conforme auto de revisión No. 1910 del 1º de agosto de 1985 por haber acreditado un tiempo de servicios de 32 años y 27 días.

1.1.2. El señalado militar retirado falleció el 8 de agosto de 2002.

1.1.3. Se presentaron a reclamar la sustitución pensional la actual demandante Sra. Nora Elena Naranjo de Gómez en calidad de cónyuge *supérstite* de matrimonio celebrado el 17 de marzo de 1978, la Sra. Teresa Orjuela de Gómez también como

⁸ Obra a fls.284-290.

cónyuge de matrimonio celebrado en Venezuela el 11 de septiembre de 1959 y el Sr. Gabriel Gómez Orjuela en calidad de hijo inválido.

1.1.4. El Sr. Coronel ® Rafael Gómez Gómez informó *“que contrajo matrimonio con la señora NORA NARANJO VDA DE CERNAT, para lo cual adjuntó partida eclesiástica de dicho matrimonio, celebrado el 17 de marzo de 1978”*, documento éste donde se indica que él era viudo de Blanca Susana Arboleda y ella era viuda de César Mircea Cernat.

1.1.5. Se ordenó el reconocimiento y pago del 50% de la pensión al Sr. Gabriel Gómez Orjuela en su condición de hijo inválido absoluto; y se dejó pendiente por reconocer el otro 50% de la pensión que pudiera corresponder a las señoras Nora Elena Naranjo de Gómez y Teresa Orjuela de Gómez que reclaman como cónyuges sobrevivientes, hasta tanto la jurisdicción competente determine a cuál de las dos corresponde el derecho.

1.2. La actora interpuso recurso de reposición contra la decisión anterior, planteando que el requisito de la convivencia con el causante estaba probada con declaraciones extrajuicio rendidas en diciembre de 2002 por las señoras Mariela Reynel de Rodríguez y Graziella Johnson de Rosero⁹, además que existía documento suscrito por su fallecido cónyuge señalando a la actora como la persona a quién debía sustituirse la pensión¹⁰ (fls.36-37 C pruebas).

1.3. Por medio de la Resolución No. 0311 del 7 de febrero de 2003 se resolvió el recurso de reposición confirmando la decisión inicial (fls.10-13).

1.4. A fl.92 se observa Oficio del 17 de octubre de 2002, que dirige la Sra. Teresa Orjuela de Gómez al Director General de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares en el cual anota que había contraído matrimonio por lo civil en Venezuela con el Coronel ® Rafael Gómez Gómez, y que éste la había abandonado hacía más de 38 años.

1.5. A fls.174-177 obran los testimonios recepcionados dentro del proceso judicial a Ana

⁹ Las declaraciones extra juicio de ambas señoras obran fls.113 y 115.

La Sra. Mariela dice en su declaración que conoció de trato, vista y comunicación a la demandante *“desde hace 8 años... quien estaba casada con el señor RAFAEL GÓMEZ GÓMEZ...y me consta que Nohora Elena Naranjo de Gómez dependía económicamente de su esposo quien permaneció a su lado hasta el día de su fallecimiento”*.

Por su parte la Sra. Mariela Reynel manifestó que conoció durante toda la vida al Coronel, y que sabía y le constaba *“que era casado y convivió de manera permanente y bajo el mismo techo por más de veinticinco (25) (sic) con la señora NOHORA NARANJO RIOS,.. hasta el día de su muerte el 08 de agosto de 2002.”*

¹⁰ A Fl.114 se ve escrito a mano del fallecido Coronel retirado debidamente firmado, de fecha 3 de junio de 2002, en el que dice que la actora era su legítima esposa con quien contrajo matrimonio el 17 de marzo de 1978, *“fecha desde la cual me ha acompañado en todas mis actividades que la vida me ha deparado...por consiguiente, considero que es la única persona que tiene derecho a mi pensión de jubilado”*.

Flor Quiroga Ariza y a Federico Mejía Mejía, de los que se infiere que conocieron de la relación matrimonial entre la demandante y el fallecido pensionado Coronel Gómez, que siempre convivieron juntos bajo el mismo techo y se prestaron ayuda mutua, que la accionante fue quien lo acompañó durante la afección de salud que lo aquejó en los últimos años hasta la fecha de su muerte, y que ella dependía económicamente de él.

2. Breve marco legal y jurisprudencial de la sustitución pensional por fallecimiento del Oficial o Suboficial de las Fuerzas Militares

Sea lo primero señalar que en materia prestacional las fuerza militares cuentan con un régimen especial, que para el momento del fallecimiento del Coronel ® Rafael Gómez estaba contenido primordialmente en el Decreto 1211 de 1990¹¹, modificado por la Ley 447 de 1998, que en lo pertinente dice en sus artículos 185, 188 y 195:

“ARTICULO 185. ORDEN DE BENEFICIARIOS. Las prestaciones sociales por causa de muerte de Oficiales y Suboficiales en servicio activo o en goce de asignación de retiro o pensión se pagarán según el siguiente orden preferencial:

a. La mitad al cónyuge sobreviviente y la otra mitad a los hijos del causante, en concurrencia éstos últimos en las proporciones de ley.

(...)”

“ARTICULO 188. EXTINCION DE PENSIONES. A partir de la vigencia del presente Decreto, las pensiones que se otorguen por fallecimiento de un Oficial o Suboficial de las Fuerzas Militares en servicio activo o en goce de asignación de retiro o pensión militar, se extinguen [para el cónyuge si contrae nuevas nupcias o hace vida marital] y para los hijos, por muerte, independencia económica, matrimonio o por haber llegado a la edad de veintiún (21) años, salvo los hijos inválidos absolutos de cualquier edad y los estudiantes hasta la edad de veinticuatro años (24), cuando unos y otros hayan dependido económicamente del Oficial o Suboficial y mientras subsistan las condiciones de invalidez y estudios.¹²

El cónyuge sobreviviente no tiene el derecho al otorgamiento de la pensión cuando en el momento del deceso del Oficial o Suboficial exista separación judicial o extrajudicial de cuerpos o no hiciere vida en común con él, excepto cuando los hechos que dieron lugar al divorcio, a la separación de cuerpos, a la ruptura de vida común, se hubieren causado sin culpa del cónyuge superstite. (Este Inciso 2º fue modificado por el artículo 9º de la Ley 447 de 1998).

¹¹ “Por el cual se reforma el estatuto del personal de oficiales y suboficiales de las fuerzas militares”

¹² Las expresiones resaltadas y que se hallan entre corchetes fueron declaradas inexecutable por la Corte Constitucional en sentencia C-182 de 1997, MP Dr. Hernando Herrera Vergara. Decisión confirmada en sentencia C-314 de 1997 con ponencia del mismo Magistrado.

(...)"

“ARTICULO 195. MUERTE EN GOCE DE ASIGNACION DE RETIRO O PENSION. A la muerte de un Oficial o Suboficial de las Fuerzas Militares en goce de asignación de retiro o pensión, sus beneficiarios tendrán derecho a una pensión mensual pagadera por el Tesoro Público o por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, equivalente en todo caso a la totalidad de la prestación que venía disfrutando el causante, distribuida en el orden y proporción establecida en este Estatuto.

*PARAGRAFO. (Modificado por el artículo 9º de la Ley 447 de 1998). El cónyuge sobreviviente no tiene derecho a la pensión de que trata este artículo, cuando en el momento del deceso del Oficial o Suboficial exista sentencia judicial o extrajudicial de cuerpos (**sic**), o no hubiere vida en común con él, excepto cuando los hechos que dieron lugar al divorcio, a la separación de cuerpos, a la ruptura de vida en común, se hubieren causado sin culpa imputable al cónyuge superstite.*

Los cónyuges que no hayan consolidado el derecho a obtener la sustitución pensional bajo la vigencia de los artículos 188 y 195 del Decreto legislativo 1211 de 1990, podrán obtenerlo en adelante, de conformidad con el presente artículo, cuando presenten a la Caja de Sueldos de Retiro de las Fuerzas Militares, copia debidamente autenticada de la sentencia judicial que le haya reconocido dicho derecho”.

Esta Corporación de tiempo atrás tiene acogida tesis conforme la cual el factor determinante para dirimir la controversia respecto del derecho a la sustitución pensional, cuando existe un conflicto entre potenciales titulares del mismo, es la prueba de la existencia de la real convivencia dentro de un espíritu de apoyo, unión y comprensión existente entre la pareja al momento de la muerte del pensionado.

Con respecto de lo consagrado en el párrafo del artículo 195 transcrito, se citarán algunas consideraciones realizadas por la Sección segunda del Consejo de Estado que en sentencia del 22 de julio de 2010¹³, al resolver un asunto relacionado con una sustitución pensional que debía reconocer la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, señaló:

“La pérdida del derecho a la sustitución pensional para el cónyuge superstite se produce cuando haya existido separación legal y definitiva de cuerpos o no hubiere vida en común con el fallecido al momento del deceso, salvo cuando los hechos que dieron lugar al divorcio, a la separación de cuerpos, o a la ruptura de vida en común

¹³ Subsección B, radicado interno 1785-2008, CP Dr. Gerardo Arenas Monsalve.

Nota: Las citas de pie de página 13 a 16 son citas hechas en esta providencia.

se hubieren causado sin culpa imputable al cónyuge que reclama la pensión. Esta situación exceptiva de la norma requiere como lo ha sostenido esta Subsección “de pruebas fehacientes y no de simples suposiciones”¹⁴.

De acuerdo con la normativa en precedencia, la legitimación para sustituir la pensión de jubilación de los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares y de Policía radica en primer lugar, a falta de hijos con derecho, exclusivamente en cabeza del cónyuge supérstite, pues la norma no incluye a la (el) compañera (o) permanente.

A pesar de lo anterior, la Sala en anteriores oportunidades ha precisado que la interpretación normativa debe hacerse atendiendo lo previsto en la Constitución Política de 1991, a partir de la cual tomó especial importancia, bajo un marco de igualdad jurídica y social, la familia constituida por vínculos naturales. Esta orientación fue expresada en sentencia del 28 de agosto de 2003, con la siguiente argumentación:

“(…)

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

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

“Art. 110. Definiciones. Para los efectos legales de este estatuto se entiende por:

Familia. Es la constituida por el cónyuge o compañero permanente del miembro del nivel ejecutivo, lo mismo que por sus hijos menores de veintiún (21) años, los estudiantes hasta la edad de veinticuatro (24) años y los hijos inválidos absolutos, siempre y cuando unos y otros dependan económicamente del miembro del nivel ejecutivo.

Art. 111. Reconocimiento derechos prestacionales. A partir de la vigencia de este Decreto, los derechos consagrados en los Decretos ley números 1211, 1212, 1213 y 1214 de 1990 para el cónyuge y los hijos de los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, se reconocerán y pagarán a la familia, de conformidad con la definición contenida en el artículo 110 de este Decreto.

(…) Se agrega a lo anterior que otras disposiciones de alcance general ya reconocían a la compañera permanente como beneficiaria de la sustitución

¹⁴ “Sent. del 2 de octubre de 2008. Radicación Número: 25000-23-25-000-2000-02678-01(4335-04) C.P. Jesús María Lemos Bustamante.”

pensional, tal como aparece en las leyes 12 de 1975 (artículo 1), 113 de 1985 (artículo 2), 71 de 1988 (artículo 3) y 100 de 1993 (artículo 74). Estos desarrollos normativos permiten advertir una tendencia muy clara del derecho colombiano respecto al reconocimiento pleno de los derechos de los compañeros permanentes”¹⁵.

El derecho a la sustitución pensional busca impedir que sobrevinida la muerte de uno de los miembros de la pareja, el otro se vea impelido a soportar no sólo la carga espiritual que proviene del dolor por la ausencia definitiva de la persona que atendía el sostenimiento del grupo familiar, sino aquella carga material que implica asumir de manera individual las obligaciones que conlleva el mantenimiento propio y el de la familia, por lo cual se ha considerado, que el factor determinante para establecer qué persona tiene derecho a la sustitución pensional en casos de conflicto entre el cónyuge supérstite y la compañera o compañero permanente es el compromiso de apoyo afectivo y de comprensión mutua existente entre la pareja al momento de la muerte de uno de sus integrantes¹⁶. (Subrayas son del texto citado).

De igual manera, la Corte Constitucional en la sentencia T-1103 de 2000, estableció la siguiente línea jurisprudencial:

“En la sentencia T-190 de 1993 se definió el contenido y alcances de ese derecho prestacional, de la siguiente manera:

‘La sustitución pensional, de otra parte, es un derecho que permite a una o varias personas entrar a gozar de los beneficios de una prestación económica antes percibida por otra, lo cual no significa el reconocimiento del derecho a la pensión sino la legitimación para reemplazar a la persona que venía gozando de este derecho. Los beneficiarios de la sustitución de las pensiones de jubilación, invalidez y de vejez, una vez haya fallecido el trabajador pensionado o con derecho a la pensión, son el cónyuge supérstite o compañero (a) permanente, los hijos menores o inválidos y los padres o hermanos inválidos que dependan económicamente del pensionado (Ley 12 de 1975, art. 1º y Ley 113 de 1985, art. 1º, párrafo 1º). La sustitución pensional 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. Principios de justicia retributiva y de equidad justifican que las personas que constituían la familia del trabajador tengan derecho a la prestación pensional del fallecido para mitigar el riesgo de viudez y orfandad al permitirles gozar post-mortem del status laboral del trabajador fallecido’.

De esta manera, la familia, núcleo e institución básica de la sociedad de conformidad con los artículos 50. y 42 superiores, constituye el bien jurídico tutelable en el derecho prestacional a una sustitución pensional, debiendo ser amparada integralmente y sin discriminación alguna. Por ello, la protección que se

¹⁵ “Sent. 200012331000199803804 01 (6082-2002). C.P. Jesús María Lemos Bustamante.”

¹⁶ “Consejo de Estado, Sección Segunda. Subsección B. No. Interno: 0638-2008. C.P. Gerardo Arenas Monsalve.”

deriva de ese derecho abarca sus distintas formas de configuración, es decir la que se forma a través del vínculo del matrimonio o mediante el vínculo emanado de la voluntad de establecer una unión marital de hecho, (...)”.

El tratamiento jurídico que se predica para las distintas formas familiares constitucionalmente aceptadas, es igualmente aplicable a sus integrantes, como sería el caso de la cónyuge y la compañera permanente. La Corte¹⁷ sobre el particular ha señalado lo siguiente:

“En ese orden de ideas, todas las prerrogativas, ventajas o prestaciones y también las cargas y responsabilidades que el sistema jurídico establezca a favor de las personas unidas en matrimonio son aplicables, en pie de igualdad, a las que conviven sin necesidad de vínculo formal. De lo contrario, al generar distinciones que la preceptiva constitucional no justifica, se desconoce la norma que equipara las formas de unión (artículo 42 de la C.P) y se quebranta el principio de igualdad ante la ley (artículo 13 C.P), que prescribe el mismo trato en situaciones idénticas”.

Así las cosas, los derechos de la seguridad social comprenden tanto a cónyuges como a compañeros permanentes en iguales condiciones. El derecho a la pensión de sobrevivientes o a la sustitución pensional –según el caso- constituye uno de ellos y respecto de su reconocimiento puede llegar a producirse un conflicto entre los potenciales titulares del mismo. En dicha situación, se ha establecido legalmente que el factor determinante para dirimir la controversia está dado por el compromiso de apoyo afectivo y de unión y comprensión mutua existente entre la pareja al momento de la muerte del afiliado o del pensionado (criterio material).”.

En esta misma línea la Sección Segunda en providencia del 3 de mayo de 2012¹⁸ anotó:

“Adicionalmente, cuando se presente conflicto entre los posibles titulares del derecho a la sustitución pensional, debe valorarse el auxilio o apoyo mutuo, la convivencia efectiva, la comprensión y la vida en común al momento de la muerte, que son los factores que legitiman el derecho reclamado, así como la dependencia económica de las potencialmente beneficiarias.

En este orden de ideas, dirá la Sala que es el criterio material de convivencia y no el criterio formal de un vínculo el factor determinante reconocido por la reciente Jurisprudencia de la Sección para determinar a quién le asiste el derecho a la sustitución pensional.”

Partiendo de los hechos probados y del marco legal y jurisprudencial reseñado, asume la Sala la decisión del caso concreto.

3. Decisión del caso

¹⁷ “Sentencia T- 553 de 1994”.

¹⁸ Subsección B, radicado interno 1676-11, CP Dra. Bertha Lucía Ramírez de Páez.

En similar sentido se puede consultar sentencia de la Subsección “A” del 31 de enero de 2008, radicado interno 0437-00, CP Dr. Alfonso Vargas Rincón.

Esta Sala trajo a colación lo considerado en la jurisprudencia citada por las siguientes razones:

En virtud de la Ley 92 de 1938¹⁹, a partir del 15 de junio de ese año el documento principal para probar el estado civil de las personas es el respectivo registro civil expedido por la autoridad competente, y las partidas eclesiásticas -bajo ciertas condiciones- pasaron a ser consideradas pruebas supletorias de dicho estado civil.

En sede administrativa la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares tuvo por cierto el hecho del matrimonio de la accionante con el fallecido Coronel Rafael Gómez Gómez, partiendo de contar con la partida eclesiástica que en su momento éste allegó, tal y como se deriva del numeral 4, literal c, de la parte considerativa de la Resolución No. 4946 del 25 de noviembre de 2002 (fl.5), de ahí que le asiste razón al Tribunal cuando señala que este punto no fue materia de controversia por la entidad accionada, ni constituyó el motivo por el cual se negó a la demandante la sustitución pensional.

Pero como dentro del presente proceso tampoco se aportó el registro civil de matrimonio de la Sra. Nora Helena Naranjo con el de *cujus*, toma relevancia la tesis a partir de la cual esta Corporación ha definido situaciones en que existen varios potenciales reclamantes de la pensión de sobrevivientes y/o sustitución pensional, de suerte que el camino asumido por el *a quo* para dirimir el conflicto es correcto, es decir, el criterio material de convivencia y no el criterio formal de un vínculo como factor determinante para establecer a quién le asiste el derecho a la sustitución pensional.

Puesta en su justo contexto la situación dirá esta Sala, de una parte, que más allá de no haberse aportado al presente proceso la prueba principal formal de la existencia del vínculo matrimonial, la entidad demandada -así sea con prueba supletoria- partió de que existió dicho vínculo desde el 17 de marzo de 1978 y, de la otra, quedo suficientemente corroborado en el expediente -con prueba testimonial²⁰- que desde esa época hasta el día del fallecimiento del Coronel Rafael Gómez Gómez, quien lo

¹⁹ "Por la cual se dictan algunas disposiciones sobre registro civil y cementerios." Publicada en el Diario Oficial No 23.803 del 15 de junio de 1938.

Esta ley consagró en su artículo 18:

"Art. 18. A partir de la vigencia de la presente ley solo tendrán el carácter de pruebas principales del estado civil respecto de los nacimientos, matrimonios, defunciones, reconocimientos y adopciones que se verifiquen con posterioridad a ella, las copias auténticas de las partidas del registro del estado civil, expedidas por los funcionarios de que trata la presente ley." (Destaca la Sala).

²⁰ Ver fls.113 y 115, así como fls.174-176.

acompañó y le prestó ayuda y colaboración fue la Sra. Nora Elena Naranjo, y que ella dependía económicamente de él, ello no tiene discusión.

Ahora, podría pensarse que la Sra. Teresa Orjuela, que también reclamo a la Caja en su condición de cónyuge *supérstite*, tendría derecho a la sustitución pensional por haber afirmado que el fallecido Coronel la había abandonado hacía 38 años (fl.92), con lo cual aparentemente quedaría relevada de probar el requisito de la convivencia con él al momento de su muerte, en virtud de lo dispuesto en la parte final del inciso primero del párrafo del artículo 195 del Decreto 1211 de 1990. Pero ello no es así.

Y no es así porque esa afirmación no se asume como una afirmación indefinida que la releve de la carga probatoria, pues, como lo ha dicho la Sección Segunda del Consejo de Estado, esta situación exceptiva de la norma requiere de pruebas fehacientes y no de simples suposiciones, ya que *“...la carga de la prueba, respecto del supuesto de hecho de la excepción prevista en el mencionado párrafo correspondía a quien reclama el derecho bajo sus condiciones”*²¹, tal y como acertadamente también lo concluyó el Juez de primera instancia, de suerte que la Sra. Teresa debió probar que la ruptura de la convivencia hace 38 años se generó sin su culpa, lo que no hizo ni dentro del trámite administrativo ni en el proceso judicial al cual se le vinculó como litisconsorte.

Por el contrario, la afirmación expuesta de que hacía 38 años fue abandonada por el pensionado Coronel, deja en evidencia que en los últimos años no convivió con él, lo que sumado a que no probó quién generó la ruptura, la pone al margen de ser legítima acreedora del derecho a la sustitución pensional, razones suficientes para otorgar el pendiente 50% de la pensión a la actora.

Finalmente, no puede pasarse por alto que en la Resolución No. 4946 del 25 de noviembre de 2002 no sólo se negó el reconocimiento y pago del 50% de la sustitución pensional a la actora como cónyuge *supérstite*, quedando pendiente hasta que la jurisdicción competente decidiera, sino que en ella -numerales 3º y 4º- se ordenó reconocer y pagar el otro 50% de la pensión al Sr. Gabriel Gómez Orjuela en su condición de hijo inválido absoluto del fallecido Coronel Gómez Gómez.

Corolario de lo dilucidado la Sala confirmará la sentencia del Tribunal, con la aclaración

²¹ Sentencia de la Sección Segunda, Subsección B, radicado interno 4369-02, CP Dr. Tarsicio Cáceres Toro.

En igual dirección se puede consultar de la misma Subsección, sentencia del 2 de octubre de 2008, radicado interno 4335-04, CP Dr. Jesús María Lemos Bustamante.

que la nulidad del acto demandado sólo surte efectos respecto de la negativa de reconocer la sustitución del 50% del derecho pensional a la Sra. Nora Elena Naranjo de Gómez, sin afectar la legalidad del mismo en cuanto al 50% de la pensión que le fue otorgada al hijo inválido del causante.

Decisión

El Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA

CONFIRMAR la sentencia consultada del 2 de julio de 2013, proferida por el Despacho de Descongestión No. 3 del Tribunal Administrativo de Boyacá, que accedió a las súplicas de la demanda dentro del proceso de la referencia, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva del presente proveído.

Se reconoce personería para actuar en representación de la entidad demandada al Dr. MAURICIO GÓMEZ MONSALVE, identificado con la C.C No. 7.303.393 y T.P No. 62.930 del C.S.J., conforme poder que obra a fl.272.

Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

La anterior providencia fue considerada y aprobada por la Sala en sesión celebrada en la fecha.

GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN ALFONSO VARGAS RINCÓN

LUÍS RAFAEL VERGARA QUINTERO