

SUSTITUCIÓN PENSIONAL – reconocimiento a cónyuge supérstite, procedente / CÓNYUGE SUPERSTITE – Ostenta derecho preferencial a la sustitución / RESPONSABILIDAD DEL CÓNYUGE SUPERSTITE EN LA SEPARACIÓN – Improbada / INDEXACION – Según fórmula

El cónyuge supérstite, ostenta un derecho preferencial a la sustitución pensional respecto de las otras personas a quienes la ley ha beneficiado otorgando vocación subsidiaria; sólo en ausencia de éste el compañero o la compañera permanente pueden acceder a esta prestación; nótese que las normas siempre han querido dar protección al matrimonio; no en vano fue el fundamento de la civilización occidental, tales beneficios aún perduran en algunas legislaciones como la nuestra. Sería regresivo poner en pie de igualdad a la familia constituida mediante matrimonio que a la formada mediante la unión libre, no se trata de desconocer esa realidad sociológica; por el contrario, ante la ausencia del derecho obtenido con fundamento en la ley se reconocerá el hecho; esa es la razón para que exista el derecho preferencial anotado. Echa de menos la Sala el material probatorio tendiente a demostrar la responsabilidad del cónyuge supérstite en la separación, requisito indispensable para desplazarla en la sustitución pensional. De acuerdo a las normas atrás reseñadas, esta era una carga probatoria en cabeza de la compañera permanente que no cumplió dentro del ejercicio procesal y que resultaba necesaria para controvertir el derecho que deviene del vínculo matrimonial vigente. Las anteriores razones son suficientes para revocar el fallo impugnado y acceder al derecho deprecado por la demandante, precisando que el restablecimiento del derecho comprenderá el reconocimiento del monto dejado de percibir desde el momento en que se produjo el fallecimiento del pensionado, vale decir desde el 16 de julio de 1994, por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor, certificado por el DANE vigente a la fecha en que quede ejecutoriada la sentencia por el índice inicial, vigente para la fecha en que debió hacerse el pago.

NOTA DE RELATORIA: Consultar sentencia de la Sección Segunda del Consejo de Estado proferida en el expediente 12223 con ponencia del Consejero DR. SILVIO ESCUDERO y sentencia de 8 de octubre de 1994 dictada en el proceso radicado con el No. 14.634.

(00/05/18, Sección Segunda, 1254-98, Consejero Ponente: Dr. ALEJANDRO ORDÓÑEZ MALDONADO, Actor: JULIA MARINA POTES DE ZAPATA).

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

Consejero ponente: ALEJANDRO ORDÓÑEZ MALDONADO.

Santafé de Bogotá D.C. mayo dieciocho (18) de dos mil (2000).

Radicación número: 1254-98

Actor: JULIA MARINA POTES DE ZAPATA

Demandado: MUNICIPIO DE CALI

Referencia: AUTORIDADES MUNICIPALES

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de fecha 13 de febrero de 1998 proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca.

ANTECEDENTES

*JULIA MARINA POTES DE ZAPATA por intermedio de apoderado y en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 85 del C.C.A., demandó del Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, la nulidad de la Resolución No. 0385 de 18 de abril de 1995 proferida por el **Jefe de la División de Recursos Humanos del MUNICIPIO DE CALI** “POR MEDIO DE LA CUAL SE RESUELVE EL RECURSO DE REPOSICIÓN INTERPUESTO CONTRA LA RESOLUCIÓN No. 004 DE ENERO 12 DE 1995”.*

Como consecuencia de la declaratoria de nulidad del acto acusado, solicita se condene a la entidad demandada a reconocerle y pagarle la pensión sustitucional, ajustada conforme a la devaluación del peso colombiano, a la indexación respectiva y a los intereses moratorios comerciales por la demora en el pago de la prestación debida.

Son fundamentos fácticos de la pretensión de nulidad los siguientes:

En el mes de agosto de 1995 la demandante presentó solicitud de reconocimiento de sustitución pensional, siendo expedida en consecuencia la

resolución No. 004 de enero de 1995 que ordenó pagar a su favor la mentada pensión prevaleciendo su derecho respecto del solicitado por MARINA HERRERA.

En el libelo demandatorio, se indica que de la Ley 71 de 1988, se deduce que la demandante tenía el derecho a la sustitución por situarse en los parámetros que establece la disposición citada. Se aduce que la resolución comentada, fue recurrida por la señora MARINA HERRERA quien argumentó que ella era quien vivía con el pensionado y a su vez, fue quien cubrió los gastos que ocasionó su muerte.

Mediante resolución No. 0385 del 18 de abril de 1995, se decide por parte de la entidad demandada revocar en su totalidad la resolución No. 004 del 12 de enero de 1995 que reconocía el derecho sustitucional a la demandante y en consecuencia se le otorgó a **MARINA HERRERA**.

Se arguye en el libelo demandatorio, que toda la legislación que existe en Colombia sobre régimen de pensiones, tiene como fin primordial reconocer el tiempo de prestación de servicios, para que quien vaya a gozar de la pensión pueda continuar por el resto de su vida devengando un equivalente a su tiempo de servicio y además, para que quien esté gozando de ella y tenga a su cargo personas, puedan éstas sustituirlo en caso de fallecimiento.

Visto lo anterior, se argumenta que desde la Ley 33 de 1973 hasta la Ley 113 de 1985, en lo concerniente a las sustituciones pensionales, las disposiciones en este orden, han pretendido que se proteja a quien carece realmente de medios para mantenerse, aduciéndose que siendo esta una verdad jurisprudencial, el MUNICIPIO DE CALI al revocar la resolución No. 004 que reconocía y ordenaba pagar a la demandante la pensión sustitucional, desconoció el espíritu de la ley, porque quien finalmente resultó favorecida, goza de otra pensión, posee un bien inmueble y labora en una Notaría. Se comenta que la definición de familia en la nueva constitución, para no sólo del contenido legal sino también del concepto de hecho, en tanto respecto de aquél

cabe en forma natural la protección del desprotegido supliéndose de esta forma el verdadero fin querido por el legislador.

Puntualiza afirmando que la resolución No. 0385, vulneró la Ley 71 de 1988 artículo 3° toda vez que la esposa aunque no convivía con el pensionado, sí dependía económicamente de él.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo del Valle del Cauca mediante sentencia de 13 de febrero de 1998, denegó las súplicas de la demanda con base en las razones que a continuación se resumen:

Se refirió al contenido del artículo 7° del Decreto 1160 de 1989 y con fundamento en la norma en mención, se indicó que en el asunto se acreditó que si bien la demandante POTES ZAPATA había contraído matrimonio por los ritos de la Iglesia Católica el día 24 de marzo de 1943 con el causante EMIRO ZAPATA BUENO, para la fecha de su fallecimiento, éste no hacía vida marital con la primera de las mencionadas, pues convivía con MARINA HERRERA quien se había convertido en su compañera permanente.

De las probanzas obrantes en el expediente, concluye que se encuentra acreditado, que entre los esposos ZAPATA POTES había cesado todo tipo de convivencia para la época del fallecimiento del pensionado, por cuando hacía vida marital con la beneficiaria de la sustitución pensional – MARINA HERRERA – siendo claro que por este aspecto la demanda no puede prosperar.

FUNDAMENTOS DE LA APELACION

La parte actora sustenta la inconformidad, en que la sentencia recurrida no analizó lo atinente a la naturaleza misma de la pensión de jubilación, pues desde los fundamentos de derecho de las pretensiones – numeral 4° - se planteó que la actora no recibía ingreso alguno por concepto pensional y en cambio MARINA HERRERA para la época de los hechos, poseía una pensión, trabajaba en la Notaría Novena y además, poseía un inmueble. En estas

circunstancias, arguye que la historia legislativa en particular sobre el tema de la sustitución pensional, trabaja la hipótesis de la necesidad familiar, en la medida que con tal pensión no quede desprotegida la condición especial para la cual fue creado dicho beneficio como lo reza el artículo 3° de la Ley 71 de 1988, la Ley 33 de 1973, la Ley 12 de 1975, la Ley 44 de 1980 y la Ley 113 de 1985.

Asimismo, se aduce que la prueba indiciaria obrante en el proceso, demuestra que el causante seguía atendiendo a la actora y que no existe ninguna probanza que apunte a aseverar que ésta abandonó el hogar, luego es pertinente predicar la presunción de derecho fundada en el matrimonio y la separación o disolución de la sociedad por medios legales o mediante la simple declaración de testigos, quienes en ningún momento señalan directamente a la actora como causante del abandono del hogar.

CONSIDERA

Las normas que rigen la sustitución pensional establecen los siguientes principios rectores:

- Que esta se presenta cuando fallece una persona pensionada o con derecho a la pensión de jubilación o cuando ha completado el tiempo de servicio exigido por la ley. (*artículo 1° de la Ley 33 de 1973, artículo 5° del Decreto 1160 de 1989, parágrafo 1° del artículo 1° de la Ley 113 de 1985 y artículo 1° de la Ley 12 de 1975*).
- Que se le reconocerá en forma vitalicia al cónyuge sobreviviente y a falta de éste al compañero o a la compañera permanente. (*artículo 6° del Decreto 1160 de 1989, artículo 1° de la Ley 33 de 1973, artículo 1° de la Ley 12 de 1975 y artículo 3 de la Ley 71 de 1988*.)
 - Se entenderá que el cónyuge falta en los siguientes eventos:
 - por muerte de éste;

- por nulidad del matrimonio;
- por divorcio del matrimonio civil. (artículo 6 del Decreto 1160 de 1989.)

- Se establece que el cónyuge sobreviviente pierde el derecho a la sustitución cuando:

- a) se haya disuelto la sociedad conyugal;
- b) exista separación legal y definitiva de cuerpos;
- c) cuando en el momento del deceso no hiciere vida común con él salvo que éste sea el responsable de la separación;
- d) cuando contraiga nuevas nupcias o haga vida marital. (*artículo 7 del Decreto 1160 de 1989, artículo 2º de la Ley 33 de 1973 y artículo 2º de la Ley 12 de 1975*).

De lo anterior podemos colegir, que el cónyuge supérstite, ostenta un derecho preferencial a la sustitución pensional respecto de las otras personas a quienes la ley ha beneficiado otorgando vocación subsidiaria; sólo en ausencia de éste el compañero o la compañera permanente pueden acceder a esta prestación; nótese que las normas siempre han querido dar protección al matrimonio; no en vano fue el fundamento de la civilización occidental, tales beneficios aún perduran en algunas legislaciones como la nuestra. Sería regresivo poner en pie de igualdad a la familia constituida mediante matrimonio que a la formada mediante la unión libre, no se trata de desconocer esa realidad sociológica; por el contrario, ante la ausencia del derecho obtenido con fundamento en la ley se reconocerá el hecho; esa es la razón para que exista el derecho preferencial anotado.

Mientras no se prueben los hechos consignados en la ley como causales de pérdida del derecho en cabeza del cónyuge supérstite mal podría aquél ser desplazado; en caso de controversia entre éste y el compañero o la compañera la carga de la prueba la soportarán los últimos.

Recientemente, coincidiendo con los presupuestos anteriores, esta Sección con ponencia del Consejero **DR. SILVIO ESCUDERO** dentro del expediente 12.223, manifestó :

“La jurisprudencia de esta Sección ha sido reiterada en el sentido de que la cónyuge sobreviviente ostenta el derecho a la sustitución pensional, salvo que lo hubiere perdido por las causales legales, caso en el cual lo tendrá la compañera permanente, y que en el caso de que la compañera permanente, como ocurre en autos, considere tener mejor derecho, debe probar los supuestos que impliquen pérdida del mismo por parte de la cónyuge supérstite, pues no es ésta la obligada a probar que no fue culpable de la separación, cuando se presente esta circunstancia.

De otra parte, ni siquiera se aduce una justa causa que hubiese tenido el causante para abandonar el hogar conformado con su esposa y al contrario, a favor de ésta se encuentra una situación que igualmente deja a salvo su derecho, como es el hecho de que aquél hubiere formado otro hogar, lo cual se ha considerado un impedimento para el acercamiento y la convivencia entre los esposos.

Así las cosas, encontrándose vigente el vínculo matrimonial entre el señor y y no demostrada la pérdida del derecho de ésta última, excluye el derecho que pueda alegar la compañera permanente, razón por la cual huelga cualquier análisis respecto de la situación de ésta”.

Igualmente, la Sala al definir la legalidad del artículo 7º del Decreto 1889 de 1994 en sentencia de 8 de octubre de 1994 y dentro del proceso radicado con el No. 14.634 manifestó al respecto:

“...Estima la sala que la disposición acusada no necesariamente implica discriminación o desconocimiento de tal derecho en favor del compañero o compañera permanente, pues no significa que para efectos de la pensión de sobrevivientes, en presencia simultánea del cónyuge y compañero o compañera permanente, se encuentren en el mismo pie de igualdad como se insinúa en la demanda. El lógico entendimiento de la ley permite afirmar que en principio el beneficiario de la pensión es el cónyuge y a falta de éste porque no reúna los requisitos que señala la ley el derecho lo tendrá, de existir el compañero o compañera permanente en las condiciones que señala la ley..”

En el *sub-lite*, está demostrado que la demandante era la cónyuge supérstite puesto había contraído matrimonio católico el 24 de marzo de 1943 tal como aparece en la documental que obra a los folios 18 y 19 del cuaderno primero; igualmente que al momento de fallecer **EMIRO ZAPATA BUENO** su cónyuge no convivía con él; por el contrario, aquél hacia vida marital con **MARINA HERRERA**; de lo anterior milita abundante prueba en el expediente a los folios 119 a 130.

No obstante lo afirmado, echa de menos la Sala el material probatorio tendiente a demostrar la responsabilidad del cónyuge supérstite en la separación, requisito indispensable para desplazarla en la sustitución pensional. De acuerdo a las normas atrás reseñadas, esta era una carga probatoria en cabeza de la compañera permanente que no cumplió dentro del ejercicio procesal y que resultaba necesaria para controvertir el derecho que deviene del vínculo matrimonial vigente.

Las anteriores razones son suficientes para revocar el fallo impugnado y acceder al derecho deprecado por la demandante, precisando que el restablecimiento del derecho comprenderá el reconocimiento del monto dejado de percibir desde el momento en que se produjo el fallecimiento de **EMIRO**

ZAPATA BUENO vale decir desde el 16 de julio de 1994, por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor, certificado por el **DANE** vigente a la fecha en que quede ejecutoriada la sentencia por el índice inicial, vigente para la fecha en que debió hacerse el pago.

Se tendrá en cuenta que como en el plenario no se encuentran razones para desvirtuar la presunción de buena fe en el disfrute de la prestación, la señora **MARINA HERRERA** no estará obligada a devolver las mesadas que ingresaron a su patrimonio.

La indexación se efectuará con aplicación de la siguiente fórmula:

$$VP = \frac{VH \times IND.F}{IND.I}$$

Donde:

VP= *Valor histórico actualizado*

VH= *Valor a Actualizar*

IND.I = *Índice de precios al consumidor vigente durante cada uno de los meses causados teniendo en cuenta el carácter de tracto sucesivo de la obligación.*

IND.F= *Índice de precios al consumidor vigente al momento de la ejecutoria de la sentencia.*

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

F A L L A

PRIMERO: REVOCASE la sentencia dictada dictada por el **Tribunal Administrativo del Valle del Cauca** de fecha 13 de febrero de 1998 y en su

lugar, **DECLARASE** la nulidad de la resolución No. 0385 del 18 de abril de 1995 “*POR MEDIO DE LA CUAL SE RESUELVE EL RECURSO DE REPOSICIÓN INTERPUESTO CONTRA LA RESOLUCIÓN No. 004 DE ENERO 12 DE 1995*”.

SEGUNDO: Para efectos de restablecer el derecho deprecado por la demandante **JULIA MARINA POTES DE ZAPATA** se **CONDENA** al **MUNICIPIO DE CALI** a reconocerle y pagarle el derecho sustitucional de jubilación en su condición de cónyuge supérstite del causante **EMIRO ZAPATA BUENO** conforme a las bases anotadas en la parte motiva de esta sentencia.

TERCERO: Se dará cumplimiento a esta sentencia en el término que establece el artículo 176 del C.C.A y observando lo previsto en el último inciso del artículo 177 *ibídem*.

CUARTO: Se advierte que la señora **MARINA HERRERA** no estará obligada a devolver suma alguna de dinero por las mesadas que ingresaron a su patrimonio.

Copiéese, notifíquese, publíquese y ejecutoriada esta providencia devuélvase el expediente al Tribunal de origen. Cúmplase.

Discutida y aprobada en sesión de mayo 18 de 2000.

ALBERTO ARANGO MANTILLA

SILVIO ESCUDERO CASTRO

ANA MARGARITA OLAYA F.

ALEJANDRO ORDÓÑEZ M.

CARLOS ORJUELA GÓNGORA

NICOLAS PAJARO PEÑARANDA

DIOMAR CAMACHO MONTES

Secretaria

CONCEPTO DE FAMILIA – Transformación radical en la Constitución Política vigente basada en la convivencia común, apoyo y solidaridad entre sus integrantes / DISTINCIÓN ENTRE CÓNYUGE Y COMPAÑERA (O) PERMANENTE – No existe en la nueva Constitución / SEPARACIÓN DE HECHO – Su falta de legalización a la luz de las nuevas orientaciones constitucionales, no debe ser óbice para reconocer derechos a su nuevo “hogar” y “familia”

La Constitución Política de 1991 introdujo una transformación radical en cuanto al concepto de lo que se entiende por familia, por manera que dejó de lado la naturaleza del vínculo -legal o de hecho-, para hacer hincapié en la convivencia común, y en el apoyo y solidaridad entre los integrantes de la pareja y su descendencia. Esto es, que el constituyente no hizo distinción alguna entre cónyuge y compañero o compañera, sino que puso el énfasis en ese aspecto de las relaciones de pareja; a su turno, la ley 100 de 1993 (artículo 47), determina como elemento fundamental para la sustitución pensional la permanencia de la relación misma, por manera que la mujer que acredite hacer vida marital con el causante durante los dos últimos años de su existencia tiene vocación para acceder a ese beneficio. En el caso de autos me parece que la situación es clara, en el sentido de que el causante convivió con la señora Marina Herrera durante cerca de treinta (30) años, esto es, que no cabe duda de que era su compañera permanente y quien le prodigaba sus cuidados hogareños y su amor. Es cierto que el causante, por diversas razones, no legalizó la separación de hecho que tuvo durante más de treinta (30) años con la señora Julia Marina Potes, con quien estuvo unido por matrimonio. Sin embargo, es incuestionable que al tenor de las nuevas orientaciones constitucionales y legales con quien tenía un “hogar” y una “familia” al momento de su deceso, era con su compañera permanente, señora Marina Herrera.

(Salvamento de voto del Dr. CARLOS A. ORJUELA GÓNGORA, 1254)

SALVAMENTO DE VOTO DEL CONSEJERO CARLOS ARTURO ORJUELA GONGORA A LA SENTENCIA DICTADA EL 18 DE MAYO DE 2.000 EN EL PROCESO Nº 1254.- ASUNTOS MUNICIPALES.- ACTORA: JULIA MARINA POTES DE ZAPATA.-

Santafé de Bogotá, D. C., julio veintiséis (26) de dos mil (2.000).

Con el respeto acostumbrado por las decisiones mayoritarias de la Sala, me permito sintetizar las razones que me llevaron a disentir de lo resuelto, así:

La Constitución Política de 1991 introdujo una transformación radical en cuanto al concepto de lo que se entiende por familia, por manera que dejó de lado la naturaleza del vínculo -legal o de hecho-, para hacer hincapié en la convivencia común, y en el apoyo y solidaridad entre los integrantes de la pareja y su descendencia. Esto es, que el constituyente no hizo distinción alguna entre cónyuge y compañero o compañera, sino que puso el énfasis en ese aspecto de las relaciones de pareja; a su turno, la ley 100 de 1993 (artículo 47), determina como elemento fundamental para la sustitución pensional la permanencia de la relación misma, por manera que la mujer que acredite hacer vida marital con el causante durante los dos últimos años de su existencia tiene vocación para acceder a ese beneficio.

En el caso de autos me parece que la situación es clara, en el sentido de que el causante convivió con la señora Marina Herrera durante cerca de treinta (30) años, esto es, que no cabe duda de que era su compañera permanente y quien le prodigaba sus cuidados hogareños y su amor.

Es cierto que el causante, por diversas razones, no legalizó la separación de hecho que tuvo durante más de treinta (30) años con la señora Julia Marina Potes, con quien estuvo unido por matrimonio. Sin embargo, es incuestionable que al tenor de las nuevas orientaciones constitucionales y legales con quien

tenía un “hogar” y una “familia” al momento de su deceso, era con su compañera permanente, señora Marina Herrera.

Así las cosas, es ostensible para mí que la sentencia de la cual me separo desconoce los nuevos rumbos que en esta materia marcaron la Constitución de 1991 y la ley 100 de 1993.

Con todo comedimiento,

CARLOS ARTURO ORJUELA GONGORA

