

SUSPENSION DE LA SUSTITUCION PENSIONAL A LA VIUDA POR CONTRAER NUEVAS NUPCIAS EN LAS FUERZAS MILITARES Y LA POLICIA NACIONAL –Restablecimiento del derecho a partir de la notificación de la sentencia de inexecutable del artículo 180 del Decreto 89 de 1984

La declaratoria de inexecutable de las normas que consagraban la pérdida del derecho por contraer nuevas nupcias, se ha sustentado en el desconocimiento del derecho a la igualdad en cuanto comporta un trato diferencial para los destinatarios de los regímenes pensionales, sin una razón válida y contrariando el ordenamiento constitucional, invadiendo la órbita del ejercicio legítimo de la libertad personal, desconociendo que los beneficiarios de la pensión tienen el mismo derecho a gozar de la mesada sin que para ello existan limitantes o circunstancias de su fuero interno y personal, que lo puedan impedir. Atendiendo a lo hasta aquí expuesto, es constitucionalmente viable que quienes tuvieren suspendido el pago de su mesada pensional sustituida por fallecimiento de su cónyuge, por el hecho de contraer nuevas nupcias, pueden solicitar el restablecimiento del pago de su derecho pensional dada la declaratoria de inexecutable de la norma que consagraba la condición resolutoria y que para este evento está constituida por el artículo 180 del Decreto 89 de 1984. Esta declaratoria de inexecutable la dispuso la Corte Constitucional en la sentencia C – 464 de 2004 con ponencia del Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra, y frente a sus efectos se dispuso, al igual que las restantes sentencias de constitucionalidad que estudiaron las normas que en materia pensional ordinaria y en los regímenes especiales consagraban la condición resolutoria del derecho pensional, que el derecho se restablece a partir de la notificación de la respectiva providencia.

FUENTE FORMAL: DECRETO 89 DE 1984 – ARTICULO 104 / LEY 33 DE 1973 – ARTICULO 2 / DECRETO 1305 DE 1975 – ARTICULO 188 / DECRETO 95 DE 1989-ARTÍCULO 183

NOTA DE RELATORIA: Sobre la inexecutable de contraer nuevas nupcias o hacer vida marital, Corte Constitucional, sentencia C-309-1996 y C-182-1997

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

SUBSECCION “B”

Consejero ponente: GERARDO ARENAS MONSALVE

Bogotá D.C., seis (6) de octubre de dos mil once (2011).

Radicación número: 25000-23-25-000-2006-08147-01(2184-08)

Actor: ESTHER BODMER DE GARAVITO

Demandado: NACION - MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL

AUTORIDADES NACIONALES

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de 22 de mayo de 2008 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca Sección Segunda, Subsección "C", que declaró no probadas las excepciones propuestas y negó las pretensiones de la demanda instaurada por Esther Bodmer de Garavito contra la Nación – Ministerio de Defensa.

A N T E C E D E N T E S

La demanda. La señora Esther Bodmer de Garavito por intermedio de apoderado, y en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho prevista en el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo, pidió que se declarara la nulidad parcial de los siguientes actos administrativos expedidos por la Secretaría General del Ministerio de Defensa Nacional:

1.- Resolución No. 481 del 7 de marzo de 2006 que le negó el reconocimiento de la sustitución pensional por muerte del CF Jorge Enrique Garavito Martínez por el período comprendido entre el 1 de julio de 1986 y el 10 de mayo de 2004, o entre el 7 de julio de 1991 al 10 de mayo de 2004.

2.- Resolución No. 1222 del 8 de mayo de 2006, por la cual se confirma la negativa del reconocimiento del derecho pensional.

Como consecuencia de lo anterior, solicita la actora a título de restablecimiento del derecho el reconocimiento y pago de las mesadas dejadas de cancelar con cargo a la pensión solicitada, desde el 1º de julio de 1986, o subsidiariamente a partir del 7 de julio de 1991, incluyendo las primas, los aumentos salariales y las demás circunstancias particulares que informe la hoja de servicios correspondiente teniendo en cuenta que año tras año se expiden decretos de sueldos que regulan la materia.

Que se condene al pago de doscientos salarios mínimos legales mensuales por concepto de indemnización por daño moral causado al no haber pagado en forma oportuna las mesadas correspondientes y haber sometido a la demandante y a sus hijos a la penuria de llevar un nivel de vida que no era el que les correspondía.

Solicita que las sumas reconocidas se cancelen teniendo en cuenta el ajuste del valor, los intereses causados y la indexación monetaria.

Su *petitum* lo basa en los hechos que a continuación resume la Sala:

A la señora Esther Bodmer Vda. de Garavito y a sus hijos Álvaro Enrique y Héctor Alberto Garavito Bodmer, le fue sustituida en su calidad de cónyuge supérstite e hijos, la pensión que en vida percibía su esposo el capitán de fragata Jorge Enrique Garavito Martínez.

La pensión sustitutiva que percibía la señora Bodmer Vda. De Garavito, le fue sustituida por haber contraído nuevas nupcias, desde el 1º de julio de 1986.

Con posterioridad a la pérdida del derecho, la Corte Constitucional profiere las sentencias C-309 de 1996 u C-182 de 1997 a través de las cuales declaró la inexecutable de las disposiciones legales ordinarias y de los regímenes especiales de la fuerza pública que autorizaban la pérdida del derecho adquirido de la pensión por contraer el beneficiario nuevas nupcias.

Ante los pronunciamientos de la Corte, la señora Esther Bodmer radicó solicitud para el restablecimiento de su derecho pensional, pero la administración le responde de manera negativa aduciendo que los fallos de la Corte cobijaron situaciones ocurridas con posterioridad al 7 de julio de 1991 y no con anterioridad a esta fecha.

Señala que interrumpió la prescripción el 5 de junio de 1997 con la petición del reconocimiento del derecho que motiva la demanda.

En la demanda se citan como **normas violadas** las siguientes:

De la Constitución Política, los artículos 1, 2, 4, 5, 13, 42, y 5; y los artículos 188 del Decreto 1211 de 1990, 174 del Decreto 1212, 131 del Decreto 1213 de 1990 y 125 del Decreto 1214 de 1990.

Al explicar el **concepto de violación** se afirma por la demandante que se le está desconociendo el derecho adquirido de disfrutar de una pensión para su propia

subsistencia y de paso se están desconociendo los nuevos postulados constitucionales pues el hecho de haber contraído nuevas nupcias antes o después de entrada en vigencia de la Constitución de 1991, no le impide disfrutar de su beneficio pensional.

Contestación a la demanda. El Ministerio de Defensa contestó la demanda con los siguientes argumentos (Fol. 58 - 61):

Manifiesta que para la expedición del acto administrativo demandado se tuvo en cuenta lo dispuesto por la Corte en la sentencia C-464 de 2004 respecto a que la pensión de sobrevivientes cuando la beneficiaria es la cónyuge, tiene el carácter de vitalicia, al ser un derecho legal y consolidado que no puede ser extinguido por motivos como el contraer nupcias. Que por tal razón se decidió restablecer la pensión de sobrevivientes a la actora, incrementada de conformidad con la ley.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección "C" declaró imprósperas las excepciones propuestas y negó las pretensiones de la demanda (Fol. 185 a 209).

El *A quo* estimó que si bien la demandante perdió el 1º de julio de 1986 su derecho a la pensión de sobrevivientes por contraer nuevas nupcias, dicho derecho le fue restablecido por la entidad mediante la Resolución No. 481 del 7 de marzo de 2006 en la cual se aplicó la sentencia que declaró inexecutable la frase "para la cónyuge si contrae nuevas nupcias" contenida en el artículo 180 del Decreto 89 de 1984. Textualmente concluye el fallo de primera instancia:

"(...) Se observa que la demandante, quien perdió su derecho a la pensión por muerte de su cónyuge al contraer nuevas nupcias el 1º de julio de 1986, adquirió el derecho al restablecimiento de esta pensión, cuando fue declarada inexecutable la expresión "para el cónyuge si contrae nuevas nupcias" contenida en el artículo 180 del Decreto 89 de 1984 de la H. Corte Constitucional. El apoderado de la actora afirma que el derecho a la restitución de la pensión por muerte que venía devengando su representada, se le debe reconocer a partir del 7 de julio de 1991, si se considera que el derecho nace con la vigencia de la Constitución Política de 1991 (...)

(...) Es claro que a la actora no le era aplicable lo estipulado en esta sentencia, pues según el memorando No. 755 MDAPS-177 del 13 de agosto de 2004, (...) ella fue suspendida de nómina a partir del 1º de julio de 1986, por haber contraído nuevas nupcias y, la sentencia de la Corte es restrictiva al establecer la restitución de dicho derecho a las viudas y viudos que con posterioridad al 7 de julio de 1991, hubieren contraído nuevas nupcias o hecho vida marital. Además, esta sentencia no declaró la inexecutable del Decreto 89 de 1984, que regía la situación de la demandante cuando el 1º de julio de 1986 fue suspendida de nómina de pensionados por haber

contraído nuevas nupcias; pues este decreto fue declarado inexecutable en sentencia C-464 del 11 de mayo de 2004 (...).

Se observa que la entidad accionada restituyó la pensión de la actora de conformidad con la referida sentencia de la Corte, que en revisión de un fallo de tutela ordenó a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, restituir y pagar la cuota parte correspondiente de la pensión de sobrevivientes que fue reconocida a la mamá de la accionante en ese caso particular, a partir del 11 de mayo de 2004, es decir, desde la fecha en la que empezó a surtir efecto jurídicos la sentencia C-464 de 2004.

No se vulnera el derecho a la igualdad, puesto que la actora adquirió la pensión por muerte de su cónyuge, a partir del 7 de julio de 1977 y, fue suspendida de nómina de pensionados, a partir del 1º de julio de 1986 por contraer nuevas nupcias, bajo la vigencia de la Ley 612 de 1977 y del Decreto 89 de 1984, que rigieron hasta cuando fueron declarados inexecutable por la sentencia C-464 del 11 de mayo de 2004 de la H. Corte Constitucional fecha en la que empezó a surtir efectos jurídicos esta sentencia.

(...)"

EL RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de la señora Esther Bodmer Vda. de Garavito interpuso recurso de apelación contra la sentencia que le negó la nulidad parcial de los actos demandados (Fol. 210).

Al sustentar el recurso, el apoderado al folio 218 del presente cuaderno, insiste en que la administración no acató el imperativo constitucional y mantuvo a su representada sin pensión hasta el 7 de marzo de 2006 cuando mediante la Resolución No. 481 le restableció el derecho con retroactividad al 11 de mayo de 2004 aduciendo que en esta última fecha la Corte había declarado la exclusión del ordenamiento jurídico del artículo 183 del Decreto 95 de 1989 que extinguía la pensión de sobrevivientes por el hecho de contraer nuevas nupcias.

Afirma el recurrente que erró la administración al entender que el derecho al restablecimiento tiene su origen en una decisión de la Corte Constitucional, pues la fuente jurídica del restablecimiento de la pensión es la nueva Constitución Política de Colombia, cuyo artículo 4º desconoce todo valor vinculante del artículo de un decreto que contraría la ley superior.

Señala el impugnante que el Ministerio de Defensa canceló los valores correspondientes al período comprendido entre el 11 de mayo de 2004 hacia delante, pero no así los que adeuda por el lapso que va desde el 7 de julio de 1991 hasta el 10 de mayo de 2004.

Sustenta su pedimento de revocatoria del fallo, en la sentencia T-702 de la Corte Constitucional que señaló que la declaratoria de inconstitucionalidad la norma produce efectos a partir de la entrada en vigencia de la Constitución Política.

ALEGATOS DE CONCLUSION

Parte demandada. La apoderada del Ministerio de Defensa a folios 230 a 232, insiste en que la entidad dando cumplimiento a lo dispuesto por la Corte Constitucional restableció el derecho pensional a la hoy demandante.

Considera la entidad que no se agotó la vía gubernativa debido a que el apoderado renunció a los términos de ejecutoria del acto demandado, es decir de la Resolución No. 481 de 2006 por lo que el recurso de reposición fue rechazado por extemporáneo.

Concepto del Ministerio Público. Para el Procurador Segundo Delegado ante el Consejo de Estado, la sentencia debe confirmarse, porque a pesar que desde la expedición de la Constitución de 1991 la condición resolutoria del derecho pensional era inconstitucional, fue sólo a partir de la sentencia C-464 de 2004 que se declaró dicha inconstitucionalidad.

Agrega que los efectos de las decisiones de la Corte Constitucional son hacia el futuro y por ende no es posible que se solicite el reconocimiento desde el 7 de julio de 1991. Textualmente señala que "(...) deben atenderse sin discusión los criterios establecidos en la ratio decidendi de la sentencia T-702 de 2005, según los cuales, las normas legales que servían de sustento a la condición resolutoria desaparecieron del mundo jurídico, en consecuencia, en palabras de la Corte, dejan de "tener fuerza obligatoria, pierden vigencia en virtud del decaimiento, que no es más que una especie de derogación implícita". (Fol. 233 a 241).

CONSIDERACIONES

Problema jurídico. En los términos del recurso de apelación interpuesto deberá la Sala precisar si el pago de la pensión de sobrevivientes que le fue restablecido a la actora por el Ministerio de Defensa con fundamento en la declaratoria de inexequibilidad de la frase "por contraer nuevas nupcias" contenida en el artículo

183 del Decreto 95 de 1989”, debe hacerse efectivo por el período comprendido entre el 7 de julio de 1991 hasta el 10 de mayo de 2004.

Los actos acusados. Según el texto de la demanda, los actos demandados son los que se describen a continuación:

1. La Resolución No. 481 del 7 de marzo de 2006 “Por la cual se resuelve un pedimento con fundamento en el Expediente MDN No. 4838 de 2005”. Este acto administrativo se encuentra anexo a los folios 3 a 6 del presente cuaderno, a través de la cual se decidió restablecer a partir del 11 de mayo de 2004 el derecho a percibir la mesada pensional por muerte que percibía la señora Esther Bodmer Vda. de Garavito.

Para la anterior decisión la administración citó apartes de lo argumentado por la Corte Constitucional en las sentencias C-464 de 2004 y T-702 de 2005, en especial el siguiente aparte del último de los fallos mencionados:

“(…) la administración no puede mantener los efectos jurídicos de un acto administrativo como aquel mediante el cual se extingue una cuota parte de una pensión de sobreviviente, que fue adoptado con base en unas normas legales que fueron declaradas inexecutable por la Corte, so pena de vulnerar el derecho fundamental al debido proceso administrativo. En otros términos, la inasistencia de la autoridad pública en darle plenos efectos a un acto administrativo, y que por efectos del decaimiento ante la declaratoria de inexecutable de la norma legal que le servía de fundamento pierde fuerza ejecutoria, constituye una vía de hecho (…)

2. La Resolución No. 1222 del 8 de mayo de 2006 “Por medio de la cual se rechaza un recurso de reposición interpuesto contra la Resolución No. 481 de marzo 7 de 2006 con fundamento en los expedientes MDN Nos. 4838 de 2005 y 1019 de 2006” (Fol. 8 a 9). Para rechazar el recurso la entidad argumentó con fundamento en lo previsto en el artículo 122 del C. de P.C., que al haberse manifestado voluntariamente por el apoderado de la peticionaria la renuncia a los términos de ejecutoria, ello indicaba que se estaba desistiendo de los recursos.

Marco normativo y jurisprudencial. Del derecho a la sustitución pensional. La jurisprudencia ha reiterado que el derecho a la sustitución pensional está instituido como un mecanismo de protección a los familiares del trabajador pensionado, ante el posible desamparo en que puedan quedar por razón de la muerte de éste.

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 integrantes¹.

Así, la Corte Constitucional, en la sentencia T-1103 de 2000, señaló 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, parágrafo 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 5o. 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 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, (...).”

De la prohibición para el cónyuge sobreviviente sustituto del derecho pensional, de contraer nuevas nupcias so pena de perder el derecho a percibir la pensión. El artículo 2 de la Ley 33 de 1973 “Por la cual se transforman en vitalicias las pensiones de las viudas” y cuyo texto es el que la Sala transcribe a continuación, fue objeto de demanda de inexecutable que concluyó con la declaratoria de inexecutable de la expresión **"o cuando la viuda contraiga nuevas nupcias o haga vida marital"**:

¹ Consejo de Estado, Sección Segunda. Subsección B. No. Interno: 0638-2008. Actor: HERMINDA FLÓREZ JAIMES. Sent. del 30 de julio de 2009, C.P. Dr. Gerardo Arenas Monsalve.

“(…) El derecho consagrado en favor de las viudas en el artículo anterior se pierde cuando, por culpa de la viuda, los cónyuges no viven unidos en la época del fallecimiento del marido, o cuando la viuda contraiga nuevas nupcias o haga vida marital. (Subraya la Sala).

Sobre el punto la Corte Constitucional precisó en la sentencia C-309 de 1996 que:

“(…) la condición resolutoria del derecho de la viuda a gozar de la pensión que correspondía al trabajador fallecido - actualmente denominada "pensión de sobreviviente", consistente en la celebración de nuevas nupcias o la iniciación de nueva vida marital, contenida en el artículo 2 de la Ley 33 de 1973, se encuentra derogada por la Ley 100 de 1993, que no la contempla en las disposiciones que destina a regular dicha materia (arts. 46 a 49 y 73 a 78). De otra parte, distintas leyes, dictadas con posterioridad a la demandada - Leyes 12 de 1975, 113 de 1985 y 71 de 1988 -, universalizaron la anotada pensión extendiéndola tanto a la viudas como a los viudos y aplicándola también a las relaciones derivadas de las uniones maritales

No obstante que el examen de constitucionalidad es posterior a la decisión sobre la procedencia de la acción, la particularidad del asunto que se plantea a la Corte obliga a reconocer previamente el trato inconstitucional pretérito como factor de lesividad, que se hace patente cuando el nuevo régimen elimina la condición y automáticamente hace surgir un grupo de personas quienes se ponen a salvo de la disciplina inconstitucional, la que deja de operar hacia el futuro.

(…)

No se requieren (sic) de muchas elucubraciones para concluir que la condición resolutoria, viola la Constitución Política. La mujer tiene iguales derechos a los del hombre y no puede verse expuesta a perder sus beneficios legales como consecuencia del ejercicio legítimo de su libertad (C.P. arts. 16, 42 y 43). No puede plantearse una relación inequívoca entre la conformación de un nuevo vínculo y el aseguramiento económico de la mujer, menos todavía hoy cuando la consideración paritaria de los miembros de la pareja no se ajusta más a la antigua concepción de aquélla como sujeto débil librada enteramente a la protección masculina. La norma legal que asocia a la libre y legítima opción individual de contraer nupcias o unirse en una relación marital, el riesgo de la pérdida de un derecho legal ya consolidado, se convierte en una injerencia arbitraria en el campo de la privacidad y autodeterminación del sujeto que vulnera el libre desarrollo de su personalidad, sin ninguna justificación como quiera que nada tiene que ver el interés general con tales decisiones personalísimas.

(…)

La Corte encuentra que la norma derogada se revela en la actualidad como causa de un tratamiento inequitativo con respecto a las personas que, durante su vigencia, perdieron el derecho a la pensión sustitutiva y que, por consiguiente, no podrían acogerse al nuevo régimen legal. Desde este punto de vista, no cabe duda de que la norma derogada sigue produciendo efectos frente a las personas afectadas durante su vigencia, aunque éstos sean de signo negativo y sólo se revelen al contrastar su situación de pérdida del derecho a la pensión con la de las personas que pueden acogerse al nuevo régimen legal. En efecto, se toma mayor conciencia del daño y adquiere éste connotación actual a través de la

comparación de la situación que enfrenta la persona privada de la pensión por haber contraído nuevas nupcias o haberse unido a otra con anterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993 y la persona que habiendo realizado la misma conducta, con posterioridad a dicha norma, adquiere o sigue gozando el mencionado derecho.

No se descubre ninguna razón válida para que se mantengan regímenes diferenciados respecto de personas colocadas en una misma situación. Los destinatarios de ambas leyes, tienen el mismo título para gozar de la pensión de sobrevivientes. A (sic) quienes se aplica la Ley 100 de 1993, así contraigan nuevas nupcias o hagan parte de nuevas relaciones maritales, siguen gozando de la pensión; lo que no ocurre con las personas cubiertas por el régimen legal anterior. Dado que tales vicisitudes personales no son ni material ni constitucionalmente relevantes para sustentar una diferencia de trato, viola la igualdad que, a partir de la vigencia de la citada ley, se mantenga la anotada distinción.

5. Comprobada la inequidad de trato, originada en la comparación de los dos regímenes, que se traduce en subestimar a las personas destinatarias del primero, que ha sido derogado, estigma que trasciende al presente y permanece luego de la eliminación de la norma - producida seguramente por su abierta inconstitucionalidad -, la Corte no tiene alternativa distinta a la de entrar en el fondo y declarar, por los motivos expresados, la inexecutable del precepto acusado, pues lo contrario equivaldría a aceptar que la arbitrariedad tiene derecho a subsistir a perpetuidad. La seguridad jurídica en ocasiones obliga, en aras de la pacífica convivencia, a convenir en la consolidación de ciertas situaciones, así se tema que ello implique el sacrificio de algunas pretensiones de justicia. Sin embargo, dicha seguridad arriesga ver pervertido su sentido si a ella se apela para cubrir bajo su manto el resultado manifiestamente inicuo de una disposición derogada que, pese a ello, impide a las personas afectadas aspirar a la nueva disciplina legal que hacía el futuro suprime la afrenta a los derechos fundamentales. Si la nueva norma no comprende a las víctimas del sistema anterior o no resuelve específicamente su problema, dado que la tacha se remonta a la disposición anterior y ésta es la directamente responsable del tratamiento injusto que se proyecta hasta el presente, ésta última deberá ser declarada inexecutable.

No duda la Corte que (sic) al entrar en vigencia la nueva Constitución, la disposición legal acusada que hacía perder a la viuda el derecho a la pensión sustituta por el hecho de contraer nuevas nupcias o conformar una nueva familia, se tornó abiertamente incompatible con sus dictados y, desde entonces, bien había podido ejercitarse la excepción de inconstitucionalidad. En efecto, el derecho al libre desarrollo de la personalidad, a lo que se suma la facultad de conformar un nuevo núcleo familiar, se vulneran de manera meridiana, de conformidad con lo expuesto, por la anotada condición. El radio de la violación constitucional se amplía aún más cuando en 1993 se expide la ley 100, que elimina la susodicha condición, pero deja inalterada la situación que, por lo menos a partir de la vigencia del nuevo ordenamiento constitucional, pugnaba con sus normas y principios. Ya se ha señalado cómo el nuevo régimen legal, en virtud de esta omisión, permite identificar nítidamente dos grupos de personas que, pese a encontrarse dentro de un mismo predicado material, son objeto un trato distinto carente de justificación objetiva y razonable.

La causa de que al momento de promulgarse la Constitución Política, pueda afirmarse la violación del derecho al libre desarrollo de la personalidad y que, más

adelante, al expedirse la ley 100 de 1993, se hubiere configurado un claro quebrantamiento del derecho a la igualdad de trato, no puede dejar de asociarse a la norma demandada que, por lo tanto, deberá declararse inexecutable.

A juicio de la Corte Constitucional, con el objeto de restablecer los derechos conculcados, se impone reconocer a la viudas, que a partir de la vigencia de la nueva Constitución Política hubieren perdido el derecho a la pensión - actualmente denominada de sobrevivientes - por haber contraído nuevas nupcias o hecho vida marital, su derecho a recuperar la mesadas dejadas de pagar que se hubieren causado luego de notificada la presente sentencia.

Ahora bien, el artículo 45 de la Ley 270 de 1996 al hacer referencia a los efectos de las sentencias proferidas en desarrollo del control judicial de constitucionalidad, dispone:

“Las sentencias que profiera la Corte Constitucional sobre los actos sujetos a su control en los términos del artículo [241](#) de la Constitución Política, tienen efectos hacia el futuro a menos que la Corte resuelva lo contrario. “.

El artículo 48 de la Ley 270 de 1996 establece sobre el alcance de las sentencias proferidas en ejercicio del control constitucional:

“Las sentencias proferidas en cumplimiento del control constitucional tienen el siguiente efecto:

1. Las de la Corte Constitucional dictadas como resultado del examen de las normas legales, ya sea por vía de acción, de revisión previa o con motivo del ejercicio del control automático de constitucionalidad, sólo serán de obligatorio cumplimiento y con efecto erga omnes en su parte resolutive. La parte motiva constituirá criterio auxiliar para la actividad judicial y para la aplicación de las normas de derecho en general. La interpretación que por vía de autoridad hace, tiene carácter obligatorio general...”.

En la sentencia que se viene comentado C-309 del 11 de julio de 1996, la Corte Constitucional de manera puntual se refirió así a los efectos de su decisión, en la parte motiva:

“A juicio de la Corte Constitucional, con el objeto de restablecer los derechos conculcados, se impone reconocer a la viudas, que **a partir de la vigencia de la nueva Constitución Política** hubieren perdido el derecho a la pensión - actualmente denominada de sobrevivientes - por haber contraído nuevas nupcias o hecho vida marital, su derecho a recuperar la mesadas dejadas de pagar que se hubieren causado luego de notificada la presente sentencia.”.

La Corte Constitucional, dispuso de manera expresa en la parte resolutive de la sentencia C-309 de 1996:

“Las viudas que con posterioridad al siete de julio de 1991 hubieren contraído nupcias o hecho vida marital y, por este motivo, perdido el derecho a la que en la actualidad se denomina pensión de sobrevivientes, podrán, como consecuencia de este fallo y a fin de que se vean restablecidos sus derechos constitucionales conculcados, reclamar de las autoridades competentes las mesadas que se causen a partir de la notificación de esta sentencia.”.

En este orden se tiene que la declaratoria de inexecutable del aparte normativo que se ha venido comentando, hace referencia a quienes perdieron el derecho con posterioridad a la entrada en vigencia de la nueva norma constitucional, pero nada dijo respecto a quienes lo habían perdido en vigencia de la Constitución anterior.

De manera específica y para el caso que hoy nos ocupa, la Corte Constitucional en armonía con el precedente constitucional descrito, ha declarado inexecutable las expresiones que dieron lugar a la pérdida del derecho a la pensión de sobreviviente reconocida al personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, por contraer nupcias o hacer vida marital.²

La declaratoria de inexecutable de las normas que consagraban la pérdida del derecho por contraer nuevas nupcias, se ha sustentado en el desconocimiento del derecho a la igualdad en cuanto comporta un trato diferencial para los destinatarios de los regímenes pensionales, sin una razón válida y contrariando el ordenamiento constitucional, invadiendo la órbita del ejercicio legítimo de la libertad personal, desconociendo que los beneficiarios de la pensión tienen el mismo derecho a gozar de la mesada sin que para ello existan limitantes o circunstancias de su fuero interno y personal, que lo puedan impedir.³

Atendiendo a lo hasta aquí expuesto, es constitucionalmente viable que quienes tuvieron suspendido el pago de su mesada pensional sustituida por fallecimiento de su cónyuge, por el hecho de contraer nuevas nupcias, pueden solicitar el restablecimiento del pago de su derecho pensional dada la declaratoria de

² Mediante i) Sentencia C-182 de 1997 M. P. Hernando Herrera Vergara, esta Corte declaró inexecutable las expresiones “*para el cónyuge si contrae nuevas nupcias o hace vida marital y*”, contenidas en los artículos 188 del Decreto 1211 de 1990, 174 del Decreto 1212 de 1990, 131 del Decreto 1213 de 1990 y 125 del Decreto 1214 de 1990” y “*para la viuda si contrae nuevas nupcias y*”, pertenecientes al párrafo del artículo 6 del Decreto 1305 de 1975; ii) Sentencia C-653 de 1997 esta Corte declaró inexecutable las expresiones “*para la viuda si contrae nuevas nupcias y*”, pertenecientes al párrafo del artículo 6 del Decreto 1305 de 1975 M. P. José Gregorio Hernández Galindo y iii) Sentencia C-464 de 2004 M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra fueron declaradas inexecutable las expresiones contenidas en los artículos 52 de la Ley 2ª de 1945, 16 de la Ley 82 de 1947, 140 del Decreto 3220 de 1953, 109 de la Ley 126 de 1959, 136 del Decreto 3071 de 1968, 140 del Decreto 2337 de 1971, 156 del Decreto 612 de 1977, 180 del Decreto 89 de 1984 y 183 del Decreto 95 de 1989, también relacionadas con la pérdida del derecho pensional, por contraer nupcias o hacer vida marital.

³ Sentencia C-182 de 1997.

inexequibilidad de la norma que consagraba la condición resolutoria y que para este evento está constituida por el artículo 180 del Decreto 89 de 1984.

Esta declaratoria de inexequibilidad la dispuso la Corte Constitucional en la sentencia C – 464 de 2004 con ponencia del Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra, y frente a sus efectos se dispuso, al igual que las restantes sentencias de constitucionalidad que estudiaron las normas que en materia pensional ordinaria y en los regímenes especiales consagraban la condición resolutoria del derecho pensional, que el derecho se restablece a partir de la notificación de la respectiva providencia.

Bajo este marco constitucional se desatará el problema jurídico planteado en esta instancia, para lo cual a continuación se precisarán los hechos relevantes y probados en la actuación.

Del derecho pensional reconocido a la cónyuge sobreviviente hoy demandante. Es un hecho cierto y demostrado que la señora Bodmer de Garavito sustituyó en la pensión a su cónyuge fallecido el Capitán de Fragata de la Armada Nacional Jorge Enrique Garavito Martínez, desde el 28 de noviembre de 1977 (Fol. 3 a 10 del cuaderno de anexos).

También está demostrado que la cónyuge sobreviviente contrajo nuevas nupcias y por este hecho le fue suspendido el pago de la mesada pensional a partir del 23 de mayo de 1986, fecha en la cual fue excluida de nómina. Esta situación la infiere la Sala del contenido de la Resolución No. 481 de 2006 a través de la cual se resuelve un pedimento en el expediente MDN No. 4838 de 2001.

De la solicitud de restablecimiento del derecho pensional y su respuesta. Con fundamento en la sentencia C-182 de 1997 que declaró inexequible la prohibición de contraer nuevas nupcias para los cónyuges sobrevivientes que disfrutaban de la sustitución pensional so pena de perder este derecho, contenidas en los Decretos 1211, 1212, 1213 y 1214 de 1990, la señora Esther Bodmer de Garavito radicó ante el Ministerio de Defensa y la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares solicitud tendiente a que se le restableciera su derecho pensional.

Al resolver esta petición el Ministerio de Defensa Nacional a través de la Resolución NO. 2031 de 2004, consideró textualmente que: “ (...) revisado el acervo probatorio

se pudo constatar que la señora ESTHER BODMER VDA DE GARAVITO, contrajo matrimonio con el señor JORGE ARTURO GONZALEZ ECHEVERRY, el 05 de abril de 1986, como se desprende de la copia del registro civil de matrimonio aportado por la peticionaria. Que por lo anteriormente expuesto, el Ministerio de Defensa Nacional procederá a declarar que no es procedente acceder al requerimiento efectuado por la señora ESTHER BODMER VDA DE GARAVITO, tendiente a obtener la reactivación de la pensión que percibía en calidad de cónyuge supérstite del Capitán de Fragata de la Armada Nacional, JORGE ENRIQUE GARAVITO MARTINEZ (q.e.p.d.), toda vez que su nuevo matrimonio se produjo con anterioridad al 7 de julio de 1991, fecha a partir de la cual la Honorable Corte Constitucional en sentencia C-182 de 1997, declaró se debían restablecer los derechos constitucionales vulnerados (Fol. 44 a 46).

Contra la anterior decisión se interpone por el apoderado de la señora Esther Bodmer Vda. de Garavito recurso de reposición que fue rechazado por extemporáneo a través de la Resolución No. 3172 del 26 de noviembre de 2004 (Fol. 60 a 61).

Nuevamente la demandante acude a la administración el 23 de febrero de 2006 en procura del restablecimiento de su derecho, el cual finalmente le fue reconocido a través de la Resolución No. 481 de 2006.

El anterior restablecimiento se funda en lo expuesto por la Corte Constitucional en especial en las sentencias T-702 de 2005 y C-464 de 2004 y por ello se ordena a partir del 11 de mayo de 2004 (Fol. 3 a 6 del presente cuaderno).

Inconforme la beneficiaria del derecho con la fecha desde la cual se ordenó el restablecimiento, interpone a través de apoderado recurso de reposición que fue rechazado mediante Resolución No. 222 del 8 de mayo de 2006 (Fol. 8 a 9) al entender la administración que el haber renunciado a los términos de ejecutoria de la Resolución No. 481 que restableció el pago de las mesadas pensionales, implicaba la renuncia a interponer recursos.

En este orden de ideas, la cónyuge sobreviviente interpone la acción de nulidad y restablecimiento del derecho porque, a su juicio, la fecha desde la cual se debe restablecer el pago es el 7 de julio de 1991 cuando entró en vigencia la Constitución de 1991 y nació el derecho.

Este argumento no es acogido por el juez de primera instancia del proceso ordinario y tampoco lo comparte esta Sala, porque tal y como se vio en el acápite de marco jurisprudencial, las sentencias de inexecutable que se emitieron fueron claras en señalar que el restablecimiento debía operar desde la fecha en que se notificara cada una de dichas decisiones. Para el caso en concreto fue a través de la Sentencia C - 464 del 11 de mayo de 2004 que se declaró inexecutable la norma que contenía la condición resolutoria aplicada a la demandante para suspenderle el pago de su mesada pensional, esto es, el artículo 180 del Decreto 89 de 1984.

Consecuente con lo anterior, habría que precisar la fecha en que se notificó la sentencia en comento, para desde allí reconocerle el derecho a la demandante, pero como es evidente que ello iría en detrimento de sus intereses económicos en otras palabras en perjuicio del apelante único, dado que la notificación de dicha sentencia se produjo con posterioridad a la fecha en que se emitió y que fue la que tomó la administración como límite para reconocer el derecho, no se modifica en este sentido el fallo impugnado.

Así las cosas, no es posible acceder al restablecimiento de la mesada pensional por el período que se reclama por la demandante, y en consecuencia tal y como lo solicita el Ministerio Público y lo concluye esta Sala, la sentencia impugnada deberá ser confirmada en su integridad

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

FALLA

CONFÍRMASE la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca –Sección Segunda – Subsección "C", el 22 de mayo de 2008 dentro del proceso adelantado por Esther Bodmer Vda. de Garavito contra la Nación – Ministerio de Defensa.

VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA

GERARDO ARENAS MONSALVE

BERTHA LUCÍA RAMÍREZ DE PÁEZ