

DERECHO PENSIONAL - Imprescriptibilidad / CADUCIDAD DE LA ACCION RESPECTO DE PRESTACIONES PERIODICAS - Actos que niegan prestaciones pensionales no se encuentran sujetos a caducidad. Antecedente Jurisprudencial / PRESTACIONES PERIODICAS - Sin sujeción a caducidad de la acción

Sobre la caducidad de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho que como sanción por la inactividad del administrado se impone declarar, aún de oficio, precisa la Sala que debe dársele un tratamiento especial cuando se trata de actos administrativos que deciden sobre derechos pensionales. Este tratamiento especial se concreta en que no resulta válido, bajo criterios de justicia y equidad, interpretar de manera restrictiva el artículo 136 numeral 2º del C.C.A., en materia de caducidad de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, porque si bien al tenor del artículo citado, esto es, el 136 numeral 2º del C.C.A. se establece que "... los actos que reconozcan prestaciones periódicas podrán demandarse en cualquier tiempo por la administración o por los interesados,..." , dejando por fuera y sujetos al término de caducidad los actos que niegan un reconocimiento pensional, esta exclusión no se compadece frente a los principios enunciados. En este orden, la misma regla de caducidad de la acción contenciosa administrativa de nulidad y restablecimiento del derecho, procede aplicarla respecto del acto administrativo que, como el demandado, está negando el derecho pensional que reclama la accionante, máxime cuando este derecho tiene su origen y se encuentra ligado a un derecho prestacional previamente reconocido, aunado al hecho particular de que se puede reclamar en cualquier tiempo dada su naturaleza de imprescriptible.

FUENTE FORMAL: CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTICULO 164 / CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTICULO 136 - NUMERAL 2

NOTA DE RELATORIA: Se cita sentencia 0363-08 M.P. GUSTAVO EDUARDO GOMEZ ARANGUREN

FAMILIA - Marco normativo y jurisprudencial / DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL - En desarrollo al principio de la igualdad frente a vínculos jurídicos o naturales abarca no sólo el núcleo familiar, sino a cada uno de los miembros que lo componen / SUSTITUCION PENSIONAL - Existencia de factores como auxilio o apoyo mutuo, convivencia efectiva, comprensión y vida en común al momento del fallecimiento del pensionado

La nueva Constitución Política estableció un marco jurídico constitucional que reconoce y protege tanto a la familia formada por vínculos legales (matrimonio) como a la natural que se da por la convivencia de la pareja, con lo cual operó un cambio respecto del régimen anterior que daba especial protección a la familia surgida del vínculo matrimonial, así como a sus integrantes. Además, en desarrollo de otros principios constitucionales, tales como el de la igualdad, se han propuesto también tratamientos igualitarios frente a normas legales que establecen diferente trato para el cónyuge o el compañero (a) en caso de fallecimiento del pensionado. En este orden y a la luz de los artículos 5, 13, 42 y 48 de la Carta Política de 1991, los derechos que se desprenden del derecho constitucional a la seguridad social comprenden de la misma manera tanto al cónyuge como al compañero o compañera permanente, en desarrollo del principio constitucional de la igualdad frente a las familias unidas por vínculos jurídicos o naturales, y que abarca no sólo el núcleo familiar como tal, sino también a cada uno de los miembros que lo componen. Es decir que, todo aquello que en la

normatividad se predique a favor de las personas unidas en matrimonio, prerrogativas, ventajas, prestaciones, obligaciones, deberes y responsabilidades, se aplica también para quienes conviven sin necesidad de dicho vínculo formal. Así las cosas, cuando se presenta conflicto frente a quien debe entrar a sustituir un derecho pensional, este derecho queda sujeto a la comprobación material de la situación afectiva y de convivencia del causante al momento de su muerte, respecto de su cónyuge y/o compañera permanente, siendo necesario para concluir ese mejor derecho a sustituir al beneficiario de la pensión, demostrar la existencia de factores tales como, el auxilio o apoyo mutuo, la convivencia efectiva, la comprensión y la vida en común al momento de la muerte del pensionado, como legitimadores del derecho reclamado.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA - ARTICULOS 5, 13, 42 y 48

SUSTITUCION PENSIONAL EN LAS FUERZAS MILITARES - Normatividad. Beneficiarios. Causales de extinción / SUSTITUCION PENSIONAL - Criterio material sobre la convivencia efectiva al momento de la muerte del titular del derecho. Antecedente jurisprudencial / SUSTITUCION PENSIONAL - Pérdida del derecho por no hacer vida marital con el causante

En este sentido se abordara el estudio de la presente controversia en la que resulta aplicable el Decreto 1211 de 1990 “Por el cual se reforma el estatuto del personal de oficiales y suboficiales de las fuerzas militares”, en razón a ser el causante pensionado por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares y ser la norma vigente al momento del fallecimiento. En punto a quienes pueden concurrir como beneficiarios de la pensión por causa de muerte del servidor, este Decreto 1211 de 1990, por el cual se reforma el estatuto del personal de oficiales y suboficiales de la Fuerza Pública, establece en su artículo 189, el siguiente orden: (...). Ese mismo estatuto señala en el artículo 188 las causales de extinción de pensiones, en los siguientes términos: (...). A su turno la Ley 447 del 21 de julio de 1998, por la cual se establece pensión vitalicia y otros beneficios a favor de parientes de personas fallecidas durante la prestación del servicio militar obligatorio y se dictan otras disposiciones, estableció: (...). En este orden es apropiado afirmar que la convivencia efectiva al momento de la muerte del titular del derecho, constituye el hecho que legitima la sustitución pensional, y que, por lo tanto, es este criterio material el que debe ser satisfecho por quien reclama a su favor ante la entidad de seguridad social, la sustitución de la pensión que en vida devengaba el pensionado, para lograr que sobrevenida la muerte de éste último, la sustituta obtenga la pensión y de esta forma el otro miembro de la pareja cuente con los recursos básicos e indispensables para subvenir sus necesidades básicas. Así lo precisó la Corte Constitucional en la Sentencia C-389 de 1996: (...). Este último supuesto legal, el de la pérdida del derecho por no hacer vida marital con el causante, es uno de los argumentos centrales de la demanda y de la apelación, en cuanto la demandante afirma que aún después del divorcio continuó conviviendo bajo el mismo techo con su ex cónyuge y en esa misma medida le prodigó los cuidados y atenciones que requería dada la enfermedad terminal que padecía, haciéndose de esta manera beneficiaria del derecho a sustituirlo en el disfrute de la pensión. En este orden de ideas, es razonable que el derecho se puede reconocer, pues las normas mismas dan base suficiente para ello, aparte de que en la Constitución de 1991 se da relevancia jurídica a la vida en común, al punto de constituir la en el origen de una de las modalidades de familia que admite el marco jurídico colombiano. Ello es así al punto de que la jurisprudencia constitucional ha señalado la igual relevancia jurídica de la familia constituida por los vínculos legales respecto de la constituida por los vínculos de hecho que denoten la voluntad responsable de conformar una familia.

FUENTE FORMAL: DECRETO 1211 DE 1990 / LEY 447 DE 1998

DERECHOS LABORALES - Son Irrenunciables / PENSION DE SOBREVIVIENTE - Irrenunciabilidad / PRUEBAS - Valoración / MEDIOS PROBATORIOS - Debe analizarse bajo los postulados de la sana crítica y persuasión racional / SUSTITUCION PENSIONAL A QUIEN HACE VIDA MARITAL CON EL CAUSANTE CON POSTERIORIDAD AL DIVORCIO - Procedencia / CONYUGE SUPERSTITE DIVORCIADA - Al demostrar convivencia bajo el mismo techo y apoyo mutuo tiene derecho a la sustitución pensional / PENSION DE SOBREVIVIENTE - Para la sustitución se requiere demostrar convivencia efectiva al momento de la muerte del causante / CONVIVENCIA DEL CONYUGE DIVORCIADO - Sustitución pensional

Consecuente con lo expuesto y como la entidad niega el derecho reclamado sustentándose en la renuncia y cesión del 50% pensional que efectuara la hoy demandante a favor de su hija, es preciso señalar que acorde con lo dispuesto en el artículo 53 de la Constitución Política la regla general en materia laboral es que los derechos relacionados con el trabajo humano, incluidos los derechos pensionales, son irrenunciables, a menos que la ley disponga expresamente lo contrario. Por lo tanto, es ilegal la celebración de acuerdos o las manifestaciones a través de las cuales se renuncia a derechos de origen laboral, incluidas las viudas o compañeras permanentes con derecho a percibir la pensión de su extinto cónyuge o compañero, al disfrute del derecho pensional. Pero no sólo la potencial beneficiaria del derecho a la sustitución pensional desconoce los mandatos constitucionales y legales, también la administración incurre en este desconocimiento al aceptar la renuncia y proceder a reconocer la totalidad del valor pensional a la hija del fallecido, pasando por alto que el 50% de ese derecho había quedado en suspenso hasta tanto la justicia ordinaria decidiera sobre el derecho a percibirla como cónyuge sobreviviente que no dio lugar a la cesación de los efectos civiles de su matrimonio católico, o en últimas en su calidad de compañera permanente al aducirse convivencia posterior al divorcio y hasta la muerte del beneficiario del derecho pensional. La naturaleza de derecho revestido por el carácter cierto, indiscutible e irrenunciable de la pensión de sobrevivientes, no se desprende sólo de las normas laborales referidas, sino también de las interpretaciones que la Corte Constitucional ha efectuado en sus diferentes fallos y que le han permitido concluir que este derecho pensional constituye para sus beneficiarios un derecho fundamental. En este orden, de la prueba testimonial y documental (fol. 37 y 163-165) que no fue desvirtuada por la entidad y que no fue valorada por el a quo, quien sólo hizo referencia a la imposibilidad de tener como prueba la declaración extra juicio, olvidando que existían otros medios probatorios cuyo análisis resultaba obligatorio, infiere la Sala bajo los postulados de la sana crítica y persuasión racional, que la hoy actora compartió su vida con el señor Uscátegui Ulloa aún después del divorcio judicialmente declarado. Es decir se demostró convivencia permanente bajo un mismo techo y una vida de socorro y apoyo mutuo de carácter exclusivo con quien fuera su cónyuge, consolidándose así los fundamentos que permiten presumir los elementos que constituyen un núcleo familiar que, como se vio en el marco normativo y jurisprudencial descrito en precedencia, es sustentado y protegido por la Constitución, en aras de privilegiar a aquel que de manera directa se afecta con la desaparición por muerte del pensionado. Así las cosas, la señora Martha Elena Cruz Cruz tiene derecho en su condición de compañera permanente del titular de la pensión señor Germán Uscátegui Ulloa (q.e.p.d.), a sustituirlo y por ende el acto administrativo demandado debe ser anulado.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA - SUBSECCION B -

Consejero ponente: GERARDO ARENAS MONSALVE

Bogotá D.C., seis (06) de mayo de dos mil diez (2010)

Radicación número: 63001-23-31-000-2003-00920-01(1315-08)

Actor: MARTHA ELENA CRUZ CRUZ

Referencia: AUTORIDADES NACIONALES

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia de 25 de febrero de 2008, proferida por el Tribunal Administrativo del Quindío, que negó las pretensiones de la demanda presentada por Martha Elena Cruz Cruz contra la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares.

ANTECEDENTES

La demanda (Fol. 1 a 6). La señora Martha Elena Cruz Cruz, por intermedio de apoderado, y en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho prevista en el artículo 85 del C.C.A., demandó del Tribunal Administrativo del Quindío la declaratoria de nulidad de la Resolución No. 13033 del 26 de junio de 2003 suscrita por el Subdirector de Prestaciones Sociales de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, por la cual le negó el reconocimiento como beneficiaria de la pensión por muerte de su cónyuge Germán Uscátegui Ulloa, Capitán Retirado del Ejército.

Como consecuencia de tal declaración y a título de restablecimiento del derecho, solicitó se le reconozca el derecho a disfrutar de la pensión de sobrevivientes a partir del 11 de marzo de 2003, debidamente reajustada.

Los **hechos** de la demanda se resumen así:

Los señores Germán Uscategui Ulloa y Martha Elena Cruz Uscategui, contrajeron matrimonio el 16 de diciembre de 1978, del cual nacieron sus hijas Ana Maria, Martha Elena y María Camila.

El 30 de junio de 1993 los cónyuges decidieron divorciarse de mutuo acuerdo, siendo la real causal de tal hecho el diagnóstico al señor Uscategui Ulloa, del Virus de Inmunodeficiencia Humana, VIH, razón por la cual siguieron compartiendo la misma vivienda hasta el día de su muerte el 16 de marzo de 2001.

Ocurrido el deceso de su cónyuge, la demandante inició el trámite correspondiente para obtener el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales a que tenía derecho, presentando solicitud el 19 de abril de 2001 ante la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, en nombre propio y en el de sus hijas.

Mediante Resolución No. 2149 del 31 de julio de 2001, la entidad reconoció el 50% de la pensión del causante, a sus hijas, y suspendió el otro 50%, hasta tanto la justicia competente definiera si la cónyuge sobreviviente era o no beneficiaria del derecho pensional.

Contra lo decidido en la Resolución No. 2149 de 2001 se interpuso, por la actora, recurso de reposición que fue resuelto mediante Resolución No. 4873 de diciembre de 2001, de manera negativa.

En virtud de lo anterior y para que sus hijas pudieran disfrutar de la mesada pensional de manera inmediata, la señora Martha Elena renunció mediante escrito presentado a la entidad el 22 de agosto de 2002, a las mesadas pensionales causadas, lo cual generó que la administración emitiera la Resolución No. 4261 del 27 de septiembre de 2002, concediendo el 100% de la pensión de sobrevivientes a la menor María Camila Uscategui Cruz.

Señala que este reconocimiento pensional del 100% a favor de su hija y la renuncia a las mesadas causadas, no le impide acudir a la jurisdicción a reclamar su derecho pensional, dado su carácter de irrenunciable, razón por la cual nuevamente elevó petición a la administración el 20 de marzo de 2003 que le fue resuelta de manera negativa a través del acto que hoy se demanda.

Normas violadas y concepto de violación. En la demanda se citan como normas vulneradas las siguientes:

De la Constitución Política, el artículo 48 inciso 2º

De la Ley 447 de 1998 que modificó el Decreto Ley 1211 de 1990, el artículo 9º.

Al explicar el **concepto de violación** en la demanda se sostiene, que el derecho pensional es irrenunciable y así debió entenderlo la entidad cuando se presentó el escrito de renuncia a percibir las mesadas pensionales causadas con el único fin de que las hijas del causante pudieran percibir la pensión de manera inmediata.

Agrega que si bien se encontraba divorciada del señor Germán Uscategui Ulloa, lo cierto es que continuaron compartiendo techo y vivienda y prodigándole los cuidados necesarios hasta el día de la muerte, al punto que ante la sociedad seguían siendo pareja.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo del Quindío negó la pretensión anulatoria del acto acusado. Frente a los argumentos de la demanda encontró demostrado además de la prestación del servicio en el Ejército Nacional por más de 17 años del señor Germán Uscategui Ulloa, su retiro por incapacidad profesional, la cesación de efectos civiles de su matrimonio con la señora Martha Elena Cruz Cruz, decretada judicialmente y su muerte ocurrida el 16 de marzo de 2001.

Así mismo refiere el Tribunal como probado, que la cónyuge sobreviviente solicitó el reconocimiento de su derecho pensional de sobrevivientes el 11 de marzo de 2003, que le fue negado mediante la Resolución 13033 de 2003, demandada, aduciendo la entidad que lo pretendido ya había sido definido.

En virtud de lo anterior y acorde con la normatividad especial en materia pensional para los miembros de la Fuerza Pública, argumentó el Tribunal que como en el expediente obra prueba de la cesación, por mutuo acuerdo, de los efectos civiles del matrimonio de los señores German Uscategui y Martha Cruz, no es aceptable el argumento de esta última en el que refiere como motivo real del divorcio, la enfermedad terminal que padecía el señor Uscategui Ulloa, por lo cual se tiene por no acreditado el requisito previsto en el artículo 195 del Decreto 1211 de 1990 que la haga acreedora del derecho pensional reclamado.

Se agrega en la sentencia que tampoco se encontró probada la unión marital de hecho, con posterioridad a la cesación de los efectos civiles del matrimonio católico,

pues no obra prueba alguna que acredite la comunidad de vida permanente y singular entra la demandante y el fallecido Germán Uscategui Ulloa. Concluye textualmente el a quo: (Fol. 186-201):

“...Para efectos de acceder al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes del fallecido militar Germán Uscategui Ulloa, la hoy actora debió probar una de las siguientes condiciones:

- Divorcio derivado de causal imputable al fallecido.
- Unión Marital de Hecho, posterior al divorcio.

Ahora bien, no existe duda para la Sala que ninguna de las condiciones referidas, se encuentra demostrada dentro del plenario, pues de un lado, de la sentencia judicial varias veces mencionada, claramente se colige que el divorcio tuvo como única causa el mutuo acuerdo de las partes; y de otro, no se logró acreditar vida permanente y singular de la señora Cruz Cruz y el fallecido militar con posterioridad al divorcio, situación que a la luz de la Ley 54 de 1990, no hace posible, probar ni aún inferir, la vida marital de hecho alegada; por lo que, en el sentido de la Sala no le asiste el derecho a la demandante, de obtener la pensión de sobreviviente en su calidad de ex cónyuge del señor Germán Uscategui Ulloa, y por tanto el acto administrativo nugatorio de esta prestación no se invalidara (...).”

EL RECURSO DE APELACIÓN

En forma oportuna la parte demandante presenta escrito contentivo de recurso de apelación (Fol. 205 a 207), que sustenta en los argumentos que la Sala resume a continuación.

Manifiesta la recurrente, que la sentencia no consulta los nuevos métodos de interpretación que le permiten al juez, si encuentra vulnerado un derecho constitucional, no aplicar la regla general al caso concreto, sino apartarse de ella en procura de la real protección de los derechos subjetivos, que para el caso se concretan en la irrenunciabilidad a los beneficios mínimos laborales, la seguridad social y la vida digna.

Afirma que si bien en el plenario aparece una sentencia de divorcio en la que como causal se señala el mutuo acuerdo, lo cierto es que la realidad enseña que siempre hay un responsable de la ruptura matrimonial, así no se plasme algunas veces en la sentencia que le ponga fin al vínculo. Que para el caso, tanto en la demanda como en las restantes oportunidades, se planteó por la demandante que

el divorcio lo originó el fallecido quien padecía de VIH y no quería enterar de esta condición a sus hijas como tampoco de su homosexualidad y que aún después de la sentencia judicial que declara terminado el vínculo matrimonial, continuó conviviendo bajo el mismo techo con la demandante quien siempre le prodigó ayuda, apoyo moral y material hasta el día de su muerte.

Finaliza el impugnante argumentando que como el cónyuge sobreviviente no originó o no fue la responsable del divorcio, tiene derecho a acceder a la pensión de sobrevivientes en los términos del parágrafo del artículo 195 del Decreto 1211 de 1990 modificado por el artículo 9º de la Ley 447 de 1998, por lo tanto la sentencia debe ser revocada.

TRAMITE EN LA SEGUNDA INSTANCIA

Por auto del 30 de mayo de 2008 se admitió el recurso de apelación oportunamente interpuesto y sustentado en debida forma (Fol. 219). Posteriormente mediante providencia del 4 de junio de 2008 se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión y al Ministerio Público para que rindiera concepto de fondo (Fol. 221).

ALEGATOS EN LA SEGUNDA INSTANCIA

La entidad demandada a folios 233 a 239, solicita se confirme la sentencia impugnada al haberse dictado acorde con la normatividad reguladora del derecho y respetando el precedente jurisprudencial.

No obstante lo anterior, agrega que aún cuando la asignación de retiro es una prestación periódica y en principio se podía demandar en cualquier tiempo, esta prerrogativa sólo cobija a los actos que reconocen este derecho, pero no a los que lo niegan, por lo que, en este preciso caso, la actora tenía el término de 4 meses para demandar esta negativa y como no lo hizo operó en su contra el fenómeno de la caducidad, que solicita sea declarada.

CONSIDERACIONES

Problema jurídico. Para la Sala, el problema jurídico que suscita la controversia consiste en determinar si la demandante, tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes en cuantía del 50%, atendiendo a que existe divorcio judicialmente declarado entre la pareja, y, según lo afirma la actora, convivencia con posterioridad al divorcio.

En caso positivo, si tal reconocimiento opera a pesar de que la administración mediante Resolución No. 4261 del 27 de septiembre de 2002 concedió el 100% de la pensión de sobrevivientes a la menor María Camila Uscategui Cruz.

Aspectos previos. De la caducidad de la acción. Precisa la Sala que a pesar de ser un argumento planteado por la entidad en esta instancia y no en la oportunidad procesal indicada, esto es, al momento de contestar la demanda, ello no impide, dada la facultad oficiosa del juez contencioso en los términos del artículo 164 del C.C.A., que se revise este presupuesto procesal de la acción antes de abordar el estudio de fondo.

Sobre la caducidad de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho que como sanción por la inactividad del administrado se impone declarar, aún de oficio, precisa la Sala que debe dársele un tratamiento especial cuando se trata de actos administrativos que deciden sobre derechos pensionales.

Este tratamiento especial se concreta en que no resulta válido, bajo criterios de justicia y equidad, interpretar de manera restrictiva el artículo 136 numeral 2º del C.C.A., en materia de caducidad de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, porque si bien al tenor del artículo citado, esto es, el 136 numeral 2º del C.C.A. se establece que “... *los actos que reconozcan prestaciones periódicas podrán demandarse en cualquier tiempo por la administración o por los interesados...*”, dejando por fuera y sujetos al término de caducidad los actos que niegan un reconocimiento pensional, esta exclusión no se compadece frente a los principios enunciados.

En este orden, la misma regla de caducidad de la acción contenciosa administrativa de nulidad y restablecimiento del derecho, procede aplicarla respecto del acto administrativo que, como el demandado, está negando el derecho pensional que reclama la accionante, máxime cuando este derecho tiene

su origen y se encuentra ligado a un derecho prestacional previamente reconocido, aunado al hecho particular de que se puede reclamar en cualquier tiempo dada su naturaleza de imprescriptible¹.

En eventos como el presente, sin dejar de considerar que el tema de la caducidad de la acción involucra de una parte, razones de equidad y de otra, el interés de la seguridad jurídica, atendiendo las circunstancias particulares que rodean el caso concreto, es posible, para efectos de la interpretación normativa, aliviar los rigores de la caducidad.

El anterior argumento aunque relevante, resulta inaplicable para este preciso caso, dado que la demanda contra la Resolución No. 13033 del 26 de junio de 2003, fue interpuesta por la interesada dentro del precitado término de caducidad que la norma exige, pues según el folio 56, la demanda se presentó el 15 de octubre de 2003 y aunque no aparece la fecha de notificación a la interesada, si se tiene certeza que el acto fue suscrito el 26 de junio de 2003.

Marco normativo y jurisprudencial. La nueva Constitución Política estableció un marco jurídico constitucional que reconoce y protege tanto a la familia formada por vínculos legales (matrimonio) como a la natural que se da por la convivencia de la pareja, con lo cual operó un cambio respecto del régimen anterior que daba especial protección a la familia surgida del vínculo matrimonial, así como a sus integrantes.

Además, en desarrollo de otros principios constitucionales, tales como el de la igualdad, se han propuesto también tratamientos igualitarios frente a normas legales que establecen diferente trato para el cónyuge o el compañero (a) en caso de fallecimiento del pensionado.

En este orden y a la luz de los artículos 5, 13, 42 y 48 de la Carta Política de 1991, los derechos que se desprenden del derecho constitucional a la seguridad social comprenden de la misma manera tanto al cónyuge como al compañero o compañera permanente, en desarrollo del principio constitucional de la igualdad frente a las familias unidas por vínculos jurídicos o naturales, y que abarca no sólo el núcleo familiar como tal, sino también a cada uno de los miembros que lo

¹ Consejo de Estado, Sección Segunda- Subsección "A" C.P. Dr. Gustavo Gómez Aranguren. Sentencia del 2 de octubre de 2008. No. Interno 0363-08. Actor. María Araminta Muñoz Luque contra la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares.

componen. Es decir que, todo aquello que en la normatividad se predique a favor de las personas unidas en matrimonio, prerrogativas, ventajas, prestaciones, obligaciones, deberes y responsabilidades, se aplica también para quienes conviven sin necesidad de dicho vínculo formal.

Consecuente con lo hasta ahora expuesto y teniendo claro que constitucionalmente se consagraron iguales derechos para la familia en general, sin efectuar discriminación alguna en si se trataba de la formada por vínculos naturales o jurídicos, no es posible al legislador ni mucho menos a la administración consagrar o mantener regímenes discriminatorios que otorguen mejor derecho a uno u otro tipo de familia. Solo de esta manera se concreta el derecho fundamental de la igualdad en la medida que, el esposo o la esposa en el caso del matrimonio y el compañero o compañera en el caso de unión marital de hecho, gozan de la misma importancia y de iguales derechos por lo cual están excluidos los privilegios y las discriminaciones que se originan en el tipo de vínculo contractual.

Así las cosas, cuando se presenta conflicto frente a quien debe entrar a sustituir un derecho pensional, este derecho queda sujeto a la comprobación material de la situación afectiva y de convivencia del causante al momento de su muerte, respecto de su cónyuge y/o compañera permanente, siendo necesario para concluir ese mejor derecho a sustituir al beneficiario de la pensión, demostrar la existencia de factores tales como, el auxilio o apoyo mutuo, la convivencia efectiva, la comprensión y la vida en común al momento de la muerte del pensionado, como legitimadores del derecho reclamado.

Bajo el anterior criterio jurisprudencial y teniendo claro que en el presente evento no existe confrontación entre cónyuge y compañera permanente, es decir, no existen dos personas que se crean con igual derecho a percibir la sustitución pensional, sino una sola que estando casada con el causante, se divorcio de este pero siguió conviviendo con él y reclama el derecho a la sustitución, procede el estudio de la controversia en los términos del recurso de apelación interpuesto.

En efecto, en este caso por demás atípico, podría decirse que confluyen en una misma persona las dos calidades, pues quien fue cónyuge y obtuvo sentencia de cesación de efectos civiles del matrimonio convivió con el causante con posterioridad al divorcio y hasta antes de la muerte, y en tal calidad, concurre a

solicitar el reconocimiento de su derecho pensional de sobrevivientes.

En este sentido se abordara el estudio de la presente controversia en la que resulta aplicable el Decreto 1211 de 1990 "Por el cual se reforma el estatuto del personal de oficiales y suboficiales de las fuerzas militares", en razón a ser el causante pensionado por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares y ser la norma vigente al momento del fallecimiento.

En punto a quienes pueden concurrir como beneficiarios de la pensión por causa de muerte del servidor, este Decreto 1211 de 1990, por el cual se reforma el estatuto del personal de oficiales y suboficiales de la Fuerza Pública, establece en su artículo 189, el siguiente orden:

ARTÍCULO 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.

b. Si no hubiere cónyuge sobreviviente, las prestaciones corresponden íntegramente a los hijos en las proporciones de ley.

c. Si no hubiere hijos la prestación se divide así:

- El cincuenta por ciento (50%) para el cónyuge.

- El cincuenta por ciento (50%) para los padres en partes iguales.

d. Si no hubiere cónyuge sobreviviente ni hijos, la prestación se dividirá entre los padres así:

- Si el causante es hijo legítimo llevan toda la prestación a los padres.

- Si el causante es hijo adoptivo la totalidad de la prestación corresponde a los padres adoptantes en igual proporción.

- Si el causante es hijo extramatrimonial, la prestación se divide en partes iguales entre los padres.

- Si el causante es hijo extramatrimonial con adopción, la totalidad de la prestación corresponde a sus padres adoptivos en igual proporción.

- Si no concurre ninguna de las personas indicadas en este artículo llamadas en el orden preferencial en él establecido, la prestación se paga, previa comprobación de que el extinto era su único sostén a los hermanos menores de 18 años.

- Los hermanos carnales recibirán doble porción de los que sean simplemente maternos o paternos.
- A falta de descendientes, ascendientes, hijos adoptivos, padres adoptivos, hermanos y cónyuges, la prestación corresponderá a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares.

Ese mismo estatuto señala en el artículo 188 las causales de extinción de pensiones, en los siguientes términos:

“... **Extinción 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 (-² -)** 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.

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 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 común, se hubieren causado sin culpa del cónyuge supérstite”. (Modificación establecida en el inciso 1º del art. 9º de la Ley 447 /98) (-³-) (-⁴ -)

A su turno la **Ley 447 del 21 de julio de 1998**, por la cual se establece pensión vitalicia y otros beneficios a favor de parientes de personas fallecidas durante la prestación del servicio militar obligatorio y se dictan otras disposiciones, estableció:

² La Corte Constitucional en **Sentencia C-182 de 1997** declaró inexecutable el texto subrayado del inciso 1º del art. 188 del D. L. 1211 /90. Y en **Sentencia C-314 /97**, cuando se demandó este mismo aparte, dispuso que “ESTESE a lo resuelto en la Sentencia C-182 de 1997 de la Corte Constitucional que declaró inexecutable las expresiones demandadas en el inciso 1o. del artículo 188 del Decreto 1211 de 1990. “

³ El **antiguo inciso 2º del art. 188 del D. L. 1211 /90** –que fue modificado como ya se precisó- decía : “El cónyuge sobreviviente no tiene derecho al otorgamiento de la pensión cuando exista separación legal y definitiva de cuerpos o cuando en el momento del deceso del Oficial o Suboficial no hubiere vida en común con él, salvo fuerza mayor o caso fortuito, debidamente comprobados.”

⁴ El **antiguo inciso 2º del art. 188 del D. L. 1211 /90** –en su texto original- fue impugnado y la Corte Constitucional en Sentencia 314 /97 dispuso : ESTESE a lo resuelto en la Sentencia No. 134 de 1991 de la Corte Suprema de Justicia que declaró la executable de la totalidad del inciso 2o. del artículo 188 del Decreto 1211 de 1990 y del párrafo del artículo 195 del mismo Decreto.”

“Art. 9º Modifícase el inciso 2º del artículo 188 del Decreto Legislativo 1211 de 1990, el cual quedará así:

“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 supérstite”. (Negrillas fuera del texto)

Modifícase el párrafo del artículo 195 del Decreto Legislativo 1211 de 1990, el cual quedará así:

“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, **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 en común, se hubieren causado sin culpa imputable al cónyuge supérstite. (Resalta la Sala)

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”.

En este orden es apropiado afirmar que la convivencia efectiva al momento de la muerte del titular del derecho, constituye el hecho que legitima la sustitución pensional, y que, por lo tanto, es este criterio material el que debe ser satisfecho por quien reclama a su favor ante la entidad de seguridad social, la sustitución de la pensión que en vida devengaba el pensionado, para lograr que sobrevinida la muerte de éste último, la sustituta obtenga la pensión y de esta forma el otro miembro de la pareja cuente con los recursos básicos e indispensables para subvenir sus necesidades básicas. Así lo precisó la Corte Constitucional en la Sentencia C-389 de 1996:

“(…) la legislación colombiana acoge un criterio material –esto es la convivencia efectiva al momento de la muerte- como elemento central para determinar quien es el beneficiario de la sustitución pensional, por lo cual no resulta congruente con esta institución que quien haya procreado uno o más hijos con el pensionado pueda desplazar en el derecho a la sustitución pensional a quien efectivamente convivía con el fallecido(…)”(Subraya la Sala).

Como en el presente evento se presenta una situación *sui generis* generada por la declaración judicial de la cesación de efectos civiles del matrimonio católico y la afirmación de la convivencia de los ex cónyuges hasta la muerte del señor Germán Uscátegui Ulloa, es preciso que se analice la situación a la luz de los criterios jurisprudenciales y legales que se acabaron de consignar y que otorgan igual derecho no sólo al núcleo familiar natural o jurídico, sino a sus miembros. Derecho que como se vio en el caso de la normatividad especial aplicable a los miembros de la Fuerza Pública, se pierde por la separación judicial o de hecho, ó cuando no se hace vida marital con el causante.

Este último supuesto legal, el de la pérdida del derecho por no hacer vida marital con el causante, es uno de los argumentos centrales de la demanda y de la apelación, en cuanto la demandante afirma que aún después del divorcio continuó conviviendo bajo el mismo techo con su ex cónyuge y en esa misma medida le prodigó los cuidados y atenciones que requería dada la enfermedad terminal que padecía, haciéndose de esta manera beneficiaria del derecho a sustituirlo en el disfrute de la pensión.

Para la Sala, la afirmación que se hace por la demandante en procura de obtener el reconocimiento pensional, de no haber dado lugar al divorcio atribuyendo la causa real del mismo a la enfermedad padecida por su ex cónyuge, resulta irrelevante en este momento, dado que existe una sentencia judicial ejecutoriada en la cual se consignó por el juez competente que la cesación de los efectos civiles del matrimonio católico celebrado entre Martha Elena Cruz y German Uscategui Ulloa se originaba en el mutuo acuerdo (Fol. 139), y este proceso en el que se controvierte la legalidad de un acto administrativo que le negó el reconocimiento pensional a la ex cónyuge sobreviviente, no es el escenario propicio para ventilar asuntos que no son del resorte del mismo.

Lo relevante para resolver el caso de autos, consiste en precisar, a la luz de la Constitución y las normas que se han transcrito atrás, si le asiste a la demandante el derecho a reclamar la pensión, dada la situación atípica de ser una cónyuge que al momento del deceso del militar estaba separada judicialmente, pero que igualmente con posterioridad a dicha separación hacia vida en común con el.

En este caso es claro que las normas específicas aluden a la relevancia de la “vida en común con él”, pues la ausencia de esa circunstancia hace perder el derecho, de

donde puede deducirse, a la inversa, que si se hace vida en común con el cónyuge, el derecho no se pierde a pesar de la “separación judicial” que se haya decretado.

En este orden de ideas, es razonable que el derecho se puede reconocer, pues las normas mismas dan base suficiente para ello, aparte de que en la Constitución de 1991 se da relevancia jurídica a la vida en común, al punto de constituir la en el origen de una de las modalidades de familia que admite el marco jurídico colombiano. Ello es así al punto de que la jurisprudencia constitucional ha señalado la igual relevancia jurídica de la familia constituida por los vínculos legales respecto de la constituida por los vínculos de hecho que denoten la voluntad responsable de conformar una familia.

Nos parece ligero, entonces, negar el derecho pensional cuando sin existir conflicto alguno entre cónyuge y compañera, se presenta la situación de una misma persona que tuvo la condición de cónyuge y posteriormente adquirió la condición de compañera por haber continuado conviviendo con quien fuera su cónyuge.

En este orden se efectuará por la Sala el estudio del recurso de apelación.

Del análisis de los cargos y de las pruebas. Tanto la entidad demandada como el Tribunal Administrativo fundan la negativa al reconocimiento del derecho a la sustitución pensional, en la calidad de cónyuge divorciada de la peticionaria y en la ausencia de demostración de la existencia de la unión marital con posterioridad a la declaratoria judicial de la cesación de efectos civiles del matrimonio católico. Adicionalmente la entidad manifiesta que la demandante en forma expresa y en sede administrativa, renunció a su derecho a sustituir y solicitó el pago de la totalidad de la prestación, es decir, en cuantía del 100% a favor de la menor María Camila Uscátegui Cruz.

En procura de determinar si la decisión impugnada y el acto demandado se ajustan a la normatividad y a la realidad procesal, la Sala analizó la demanda y su contestación, así como el material probatorio allegado, encontró demostrados los siguientes hechos relevantes:

1. **El reconocimiento pensional** al señor German Uscategui Ulloa, lo efectuó la administración a través de la Resolución No 227 del 10 de noviembre de 1988, en los términos del artículo 151 literal b) y 155 del Decreto Ley 089 de 1984, en

cuantía del 58% del sueldo, efectiva a partir del 1º de marzo de 1987 (Fol. 115-116).

2. El fallecimiento del titular del derecho pensional se produjo según el acta de defunción obrante al folio 21, el 16 de marzo de 2001.

3. La petición de sustitución de la asignación de retiro la efectuó la señora Martha Elena Cruz el 2 de abril de 2001, aduciendo ser la esposa del fallecido e informando que en el matrimonio hubo dos hijas que cuentan con 21 y 20 años de edad, que son estudiantes y para el primer semestre del 2001 no pudieron estudiar debido a dificultades económicas (Fol. 118-120).

En la misma fecha, esto es, el 2 de abril de 2001, la señora Martha Elena Cruz manifiesta al Director de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares que convivió con el señor Germán Uscategui de manera permanente y bajo el mismo techo hasta el día de su fallecimiento, no existiendo separación de cuerpos (Fol. 121).

4. La respuesta de la entidad y el reconocimiento pensional. La Caja de Retiro de las Fuerzas Militares decidió a través de la Resolución No. 2149 del 31 de julio de 2001 (Fol. 146-150):

“...Negar el reconocimiento y pago de haberes dejados de cobrar por el causante y el reconocimiento y pago de la pensión de beneficiarios del señor Capitán ® del Ejército GERMAN USCATEGUI ULLOA, a las señoritas ANA MARIA USCATEGUI CRUZ (...) y MARTHA ELENA USCATEGUI CRUZ (...) por las razones expuestas en la parte motiva de la presente resolución de conformidad con el artículo 188 del Decreto Ley 1211 de 1990.

ARTICULO 2º. Dejar pendiente por reconocer el pago del 50% de los haberes dejados de cobrar por el causante y el reconocimiento y pago del 50% de la pensión de beneficiarios del señor Capitán ® (...) a la señora MARTHA ELENA CRUZ DE USCATEGUI, (...) en su condición de ex cónyuge, hasta tanto la jurisdicción competente determine si le asiste o no el derecho a acceder a la referida prestación.

ARTICULO 3º. Ordenar el pago del 50% restante de los haberes dejados de cobrar por el señor Capitán (...) hasta el 15 de Marzo de 2001 y cuya antigüedad no sea superior a dos (2) años; Así como el reconocimiento y pago del 50% restante de la pensión de beneficiarios causada por su fallecimiento a partir del 16 de Marzo de 2001, a favor de las siguientes personas teniendo en cuenta las disposiciones legales, partidas, porcentajes y demás condiciones y consideraciones anotadas en la parte motiva de la presente resolución.

Menor. MARIA CAMILA USCATEGUI CRUZ	50%
CUOTA SUSPENDIDA	50%
TOTAL PRESTACION	100%

Notificada la anterior resolución, se interpuso por la señora Martha Elena, recurso de reposición al considerar que tenía derecho a la sustitución pensional en razón a que no dio lugar al divorcio judicialmente declarado y a que continuó conviviendo con el causante hasta el día de su muerte.

La administración confirma la negativa al reconocimiento pensional, mediante la Resolución No. 4873 del 4 de diciembre de 2001, al considerar que no se dan los presupuestos exigidos por el artículo 9º de la Ley 447 de 1998, al no haber demostrado la peticionaria estar incurso en la causal exceptiva que dicha norma consagra. Textualmente argumenta la entidad:

“...la cónyuge divorciada puede eventualmente reclamar el derecho a acceder a la pensión de ex esposo, cuando se demuestre que el divorcio o separación de cuerpos se haya producido sin culpa de ella y que exista sentencia judicial que le reconozca tal derecho, situación que no se encuentra definida y probada en el presente caso (...)

Por otro lado y en relación a la convivencia con el militar desde el año de 1996, manifestada por la recurrente en su escrito, es del caso señalar que la unión marital de hecho surge de la unión entre un hombre y una mujer por un lapso superior a dos años, sin impedimento legal para contraer matrimonio.

(...) la Caja de Retiro carece de jurisdicción y por lo tanto de competencia para decidir si a la peticionaria le asiste el derecho a participar de la pensión de beneficiarios con ocasión del fallecimiento del señor Capitán (r) del ejército Germán Uscategui Ulloa...

Por lo manifestado es procedente dejar en la cuenta de “provisión para sustituciones pensionales” de la Caja, el pago de los haberes dejados de cobrar por el oficial, así como la prestación aquí relacionada, hasta tanto la jurisdicción competente, decida si le asiste el derecho de la cuota referida a la señora MARTHA ELENA CRUZ DE USCATEGUI (...).”

4. La manifestación de renuncia al derecho y solicitud de acrecimiento de la mesada pensional a favor de la menor María Camila Uscátegui Cruz y la respuesta de la entidad. La hoy actora aduciendo una situación económica difícil, radicó ante la entidad el 22 de agosto de 2002 un escrito en el que “renunciaba a todas las mesadas pensionales causadas con el fin de que sus hijas puedan recibir

inmediatamente la mesada pensional completa” (Hecho sexto de la demanda –folio 63-).

Como respuesta al anterior pedimento y según el relato fáctico de la demanda, la administración emite la Resolución No. 4261 del 27 de septiembre de 2002 accediendo al reconocimiento del 100% de la sustitución pensional a favor de la menor María Camila Uscategui Cruz. Este hecho no fue desvirtuado por la entidad quien por el contrario, al presentar los alegatos en segunda instancia, anexa copia del derecho de petición de fecha 23 de agosto de 2002 y de la Resolución 4261 de 2002 (Fol. 222-224), con los cuales se verifica la real situación del derecho pensional que reclama la actora bajo el supuesto fáctico de la convivencia con el causante después de la declaración judicial de la cesación de los efectos civiles de su matrimonio.

5. La nueva petición de reconocimiento pensional. El 20 de marzo de 2003, la señora Martha Elena Cruz Cruz radica ante la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares petición de reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes del señor German Uscategui Ulloa (q.e.p.d.), en calidad de cónyuge divorciada sin culpa imputable, aduciendo convivencia con el fallecido hasta el día de su muerte, y el carácter de imprescriptible del derecho pensional.

La entidad como respuesta a este nuevo pedimento, emite la Resolución No. 13033 del 26 de junio de 2003 (Fol. 8-9), negando el reconocimiento por considerar que:

“...Con escrito radicado en esta entidad con el No. 274873 del 22 de Agosto de 2002, usted solicitó a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares se “...ACRECIENTE EN EL 50% RESTANTE LA PENSION RECONOCIDA Y PAGADA A MI MENOR HIJA MARIA CAMILA USCATEGUI CRUZ...” E igualmente requirió “ORDENE EL PAGO DEL 100% DE LA SUSTITUCIÓN PENSIONAL EN CUANTÍA Y CONDICIONES IGUALES A LAS DE LA PRESTACIÓN QUE VENÍA DISFRUTANDO EL CAUSANTE, PADRE DE MI MENOR HIJA MARÍA CAMILA USCÁTEGUI CRUZ, CAPITÁN (R) DEL EJERCITO GERMÁN USCÁTEGUI ULLOA, POR CUANTO RENUNCIO AL DERECHO QUE ME ASISTE Y CEDO A MI PEQUEÑA HIJA MARIA CAMILA LO QUE ME CORRESPONDE Y SEA ELLA QUIEN RECIBA LA TOTALIDAD DE LA PENSION...”

(...) con fundamento en la anterior solicitud, y en consideración a que usted manifestó que no acudiría a ninguna autoridad competente con el fin de que se determinara si le asistía o no el derecho a acceder a la pensión de beneficiarios del señor Capitán (r) del Ejército GERMAN USCÁTEGUI

ULLOA, la entidad expidió la Resolución No. 4261 del 27 de septiembre de 2002, con la cual se ordenó el pago del 50% restante de la prestación.

Mediante escrito radicado en el No. 297126 del 21 de octubre de 2002, usted manifestó darse por notificada de la Resolución No. 4261 del 27 de septiembre de 2002.

El anterior acto administrativo quedó debidamente ejecutoriado el 28 de octubre de 2002.

Por lo anteriormente expuesto es claro que la situación prestacional de la pensión de beneficiarios del señor Capitán (r) del ejército GERMÁN USCÁTEGUI ULLOA, quedó definida al expedirse la Resolución No. 4261 del 27 de 2002, con la cual, como ya se anotó la entidad en virtud de su solicitud de reconocimiento del 50% restante de la Pensión de beneficiarios del señor Capitán (r) del ejército GERMÁN USCÁTEGUI ULLOA, fue reconocido a favor de su hija menor MARIA CAMILA USCÁTEGUI CRUZ, acto administrativo que se encuentra debidamente ejecutoriado (...)

Consecuente con lo expuesto y como la entidad niega el derecho reclamado sustentándose en la renuncia y cesión del 50% pensional que efectuara la hoy demandante a favor de su hija, es preciso señalar que acorde con lo dispuesto en el artículo 53 de la Constitución Política la regla general en materia laboral es que los derechos relacionados con el trabajo humano, incluidos los derechos pensionales, son irrenunciables, a menos que la ley disponga expresamente lo contrario. Por lo tanto, es ilegal la celebración de acuerdos o las manifestaciones a través de las cuales se renuncia a derechos de origen laboral, incluidas las viudas o compañeras permanentes con derecho a percibir la pensión de su extinto cónyuge o compañero, al disfrute del derecho pensional.

Así las cosas, es más que evidente la ilegalidad de la renuncia al derecho pensional que hace la ex cónyuge del militar fallecido, para permitir el disfrute total de la mesada a su hija menor, pues es claro que no estaba facultada para disponer de dicho derecho dada su naturaleza de irrenunciable.

Pero no sólo la potencial beneficiaria del derecho a la sustitución pensional desconoce los mandatos constitucionales y legales, también la administración incurre en este desconocimiento al aceptar la renuncia y proceder a reconocer la totalidad del valor pensional a la hija del fallecido, pasando por alto que el 50% de ese derecho había quedado en suspenso hasta tanto la justicia ordinaria decidiera sobre el derecho a percibirla como cónyuge sobreviviente que no dio lugar a la

cesación de los efectos civiles de su matrimonio católico, o en últimas en su calidad de compañera permanente al aducirse convivencia posterior al divorcio y hasta la muerte del beneficiario del derecho pensional.

La naturaleza de derecho revestido por el carácter cierto, indiscutible e irrenunciable de la pensión de sobrevivientes, no se desprende sólo de las normas laborales referidas, sino también de las interpretaciones que la Corte Constitucional ha efectuado en sus diferentes fallos y que le han permitido concluir que este derecho pensional constituye para sus beneficiarios un derecho fundamental.

Consecuente con lo expuesto procede la Sala al análisis de las pruebas con las cuales pretende la actora demostrar la convivencia con posterioridad al divorcio, es decir, la calidad de compañera permanente y como tal beneficiaria de la pensión de sobrevivientes, en cuanto constituye el argumento central del recurso de apelación interpuesto.

El conjunto probatorio en comento está constituido principalmente por el testimonio del médico que atendió al señor German Uscátegui Ulloa (q.e.p.d.), quien manifiesta que como médico y como vecino de los señores Martha Elena y Germán, siempre los vio juntos, enterándose que estaban separados cuando convivió con ellos después del terremoto de Armenia acaecido el 25 de enero. Afirma que la señora Martha acompañó y atendió a su esposo en todo el proceso de la enfermedad y siempre se les veía como pareja. (Fol. 5 y 6 cd. de pruebas).

De manera concordante con el anterior testigo, la señora Romelia Baena de Alzate (Fol. 7 y 8 cd. de pruebas), quien trabajaba en el hogar formado por los señores German y Martha, afirma que, ellos se divorciaron pero continuaron viviendo bajo el mismo techo aunque en habitaciones separadas.

En igual sentido, la madre del señor German Uscategui Ulloa, manifestó ante notario y con destino al proceso administrativo de reclamación de la sustitución pensional que originó el acto que hoy se demanda, que la señora Martha Elena, a pesar del divorcio judicialmente declarado, continuó viviendo bajo el mismo techo con el señor German, prestándole ayuda y cuidado durante todo el proceso de su enfermedad y hasta el día de su muerte (Fol. 135 cd. ppal). Advierte la Sala que el acta de declaración extra proceso No. 349 rendida por la señora Luz Amanda, anexa al folio

49 de este expediente, no puede ser valorada, tal y como lo determinó la primera instancia, en razón a que no cumple con los requisitos previstos en los artículos 298 y 299 del C. de P.C., y ante la ausencia de ratificación al interior del proceso tal y como lo ordena el artículo 229 ibídem.

También la demandante manifestó al interior de la actuación administrativa su convivencia con el causante señor German Uscátegui Ulloa con posterioridad al divorcio y hasta el día de su muerte. Textualmente afirma: "...a pesar de haber existido entre el señor GERMAN USCATEGUI ULLOA y yo una sentencia de divorcio, reanudamos una convivencia en diciembre de 1996, por lo cual fui la compañera permanente de él hasta el momento de su fallecimiento. (...) (Fol. 136). Estas manifestaciones no fueron desvirtuadas por la entidad y además resultan contestes, coherentes y coincidentes con los restantes testimonios.

En este orden, de la prueba testimonial y documental (fol. 37 y 163-165) que no fue desvirtuada por la entidad y que no fue valorada por el a quo, quien sólo hizo referencia a la imposibilidad de tener como prueba la declaración extra juicio, olvidando que existían otros medios probatorios cuyo análisis resultaba obligatorio, infiere la Sala bajo los postulados de la sana crítica y persuasión racional, que la hoy actora compartió su vida con el señor Uscátegui Ulloa aún después del divorcio judicialmente declarado. Es decir se demostró convivencia permanente bajo un mismo techo y una vida de socorro y apoyo mutuo de carácter exclusivo con quien fuera su cónyuge, consolidándose así los fundamentos que permiten presumir los elementos que constituyen un núcleo familiar que, como se vio en el marco normativo y jurisprudencial descrito en precedencia, es sustentado y protegido por la Constitución, en aras de privilegiar a aquel que de manera directa se afecta con la desaparición por muerte del pensionado.

Así las cosas, la señora Martha Elena Cruz Cruz tiene derecho en su condición de compañera permanente del titular de la pensión señor Germán Uscategui Ulloa (q.e.p.d.), a sustituirlo y por ende el acto administrativo demandado debe ser anulado.

En consecuencia se dispone la anulación del acto que le negó el reconocimiento pensional a la señora Martha Elena Cruz Cruz, esto es, la Resolución No. 13033 del 26 de julio de 2003, y a título de restablecimiento del derecho se ordena el reconocimiento y pago del 50% de la asignación mensual de retiro que en vida

devengaba el señor German Uscategui Ulloa, como capitán (r) del ejército. Este reconocimiento opera a partir del momento de la muerte del causante, es decir, desde el 16 de marzo de 2001.

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:

REVÓCASE la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Quindío, de fecha 25 de febrero de 2008. En su lugar se dispone:

1.- **DECLARASE** la nulidad del Oficio No.13033 del 26 de junio de 2003 a través del cual se negó el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes a la parte demandante señora Martha Elena Cruz Cruz.

2.- A título de restablecimiento del derecho, **CONDÉNASE** a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, a reconocer y pagar a la señora Martha Elena Cruz Cruz, una pensión de sobrevivientes en cuantía del 50%, a partir del 16 de marzo de 2001, con lo reajustes previstos en la ley. Igualmente, se condena a la demandada a pagar las mesadas adicionales que se hayan causado desde la fecha en que se reconoce la pensión.

Las sumas que se reconozcan a favor de la parte demandante serán ajustadas en los términos del artículo 178 del C.C.A., dando aplicación a la siguiente fórmula:

$$R= R.H \frac{\text{INDICE FINAL}}{\text{INDICE INICIAL}}$$

En la que el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (R.H), que es lo dejado de percibir por la parte demandante por concepto de la pensión de sobrevivientes hasta la fecha de ejecutoria de esta sentencia, por el guarismo

que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el Dane, vigente en la fecha de ejecutoria de esta providencia, por el índice vigente en la fecha en que se causaron las sumas adeudadas, teniendo en cuenta los aumentos o reajustes producidos o decretados durante dicho período.

Es claro que por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará separadamente por cada suma correspondiente a la pensión de sobrevivientes que se dejó de devengar desde el 16 de marzo de 2001, teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de causación de cada uno de ellas.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y PUBLIQUESE. EJECUTORIADA ESTA PROVIDENCIA DEVUÉLVASE EL EXPEDIENTE AL TRIBUNAL DE ORIGEN. CÚMPLASE.

Discutida y aprobada en sesión de la fecha.

GERARDO ARENAS MONSALVE

VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA

BERTHA LUCÍA RAMÍREZ DE PÁEZ