

PENSION DE SOBREVIVIENTES A LA CONYUGUE EN LAS FUERZAS MILITARES - Causales de pérdida. Excepción de Fuerza mayor. Principio de favorabilidad / PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD - Aplicación de norma posterior a la muerte del causante. Pensión de sobrevivientes en las Fuerzas Militares. Causales de pérdida por la conyugue. Excepción de fuerza mayor

La pérdida de la pensión de sobrevivientes o beneficiarios de la asignación de retiro o pensión del causante, oficial o suboficial de las Fuerzas Militares, por el cónyuge supérstite, se exceptúa en el Parágrafo del Artículo 195 del decreto 1211 de 1990, aunque exista separación legal y definitiva de cuerpos o no se hiciera vida en común con el fallecido al momento del deceso, cuando los hechos que dieron lugar al divorcio, a la separación de cuerpos, o a la ruptura de vida en común se hubieren causado sin culpa imputable al cónyuge supérstite. Esta situación exceptiva de lo dispuesto en la norma requiere de pruebas fehacientes y no de simples suposiciones. El parágrafo del artículo 195 del Decreto Ley 1211 de 1990, modificado por la Ley 447 de 1998, regula la situación sub exámine y debe ser aplicado por cuanto el citado artículo, antes de su modificación, planteaba la excepción de pérdida del derecho de la cónyuge cuando no hiciera vida en común con el causante “salvo fuerza mayor o caso fortuito debidamente comprobados.”, sin ninguna precisión, concepto que fue puntualizado con la expresión “se hubiere causado sin culpa imputable al cónyuge supérstite”. Esta situación exceptiva de lo dispuesto en la norma requiere pruebas fehacientes u no simples suposiciones. El parágrafo del artículo 195, modificado por la Ley 447 de 1998, regula la situación sub exámine y debe ser aplicado por cuanto el citado artículo, antes de su modificación, planteaba la excepción de pérdida del derecho de la cónyuge cuando no hiciera vida en común con el causante “salvo fuerza mayor o caso fortuito debidamente comprobados.”, sin ninguna precisión, concepto que fue puntualizado con la expresión “se hubiere causado sin culpa imputable al cónyuge supérstite”, por tal motivo debe aplicarse, por interpretación favorable, aún cuando es posterior al fallecimiento del causante, 6 de mayo de 1998.

SUSTITUCION PENSIONAL CUANDO SE PRESENTA CONFLICTO ENTRE LA CONYUGUE Y LA COMPAÑERA PERMANENTE - Criterio material de convivencia. Antecedente jurisprudencial

A la luz de los artículos 13, 42 y 48 de la Constitución Política, los derechos a la seguridad social comprenden de la misma manera tanto al cónyuge como al compañero o compañera permanente. Adicionalmente, cuando se presente conflicto entre los posibles titulares del derecho a la sustitución pensional, factores como el auxilio o apoyo mutuo, la convivencia efectiva, la comprensión y la vida en común al momento de la muerte son los que legitiman el derecho reclamado. En otras palabras, el criterio material de convivencia y no el criterio formal de un vínculo ha sido el factor determinante reconocido por la reciente jurisprudencia de la Sala para determinar a quién le asiste el derecho a la sustitución pensional. Lo fundamental para determinar quién tiene el derecho a la sustitución pensional cuando surge conflicto entre la cónyuge y la compañera es establecer cuál de las dos personas compartió la vida con el difunto durante los últimos años, para lo cual no tiene relevancia el tipo de vínculo constitutivo de la familia afectada por la muerte del afiliado.

CRITERIO DE EQUIDAD Y JUSTICIA - Aplicación en reconocimiento de sustitución pensional por conflicto entre conyugue supérstite y compañera permanente / SUSTITUCION PENSIONAL CUANDO SE PRESENTA CONFLICTO ENTRE CONYUGUE SUPERSTITE Y COMPAÑERA PERMANENTE - Aplicación del criterio de justicia y equidad

Se estableció igualmente con la prueba testimonial que el causante abandonó el hogar, por el año 1975 y que durante los últimos 25 años convivió con María Teresa Sosa Peña. Se probó también que, pese a haber abandonado el hogar, el causante continuó cumpliendo con las obligaciones económicas de la familia, permitiendo que su esposa cobrara la asignación de retiro a él reconocida. De lo expuesto se infiere que a la cónyuge debe aplicársele la excepción consagrada en el artículo 9 de la Ley 447 de 1998, toda vez que los hechos que dieron lugar a la separación de cuerpos y a la ruptura de la vida en común se causaron sin culpa imputable a ella, lo que le permite conservar el derecho a la sustitución pensional de la asignación de retiro que reclama. Respecto de la compañera permanente, María Teresa Sosa Peña, se considera: 1) Convivió con el causante aproximadamente 25 años. 2) Es propietaria de un inmueble que le vendió Samuel Antonio Zapata Correa, según certificado de libertad y tradición (fls. 68 a 71); 3) Es propietaria del establecimiento de comercio "MUEBLES COLOMBIA Z S"; 4) La pensión de vejez que percibía el causante a Cargo del ISS era destinada al sostenimiento de este vínculo. Conforme al panorama descrito, ponderando los derechos en discusión, encuentra la Sala que la sustitución pensional en conflicto debe ser reconocida a la cónyuge supérstite Margarita Jiménez de Zapata no sólo por las razones legales y fácticas expuestas sino por criterios de justicia y equidad, en consideración a que la finalidad de la sustitución pensional es la de evitar que las personas que forman parte de la familia y que dependen patrimonialmente del causante puedan quedar sumergidas en el desamparo y abandono económico porque al negarle el derecho pensional a la cónyuge se la dejaría en total desamparo, siendo que en vida el causante veló por su sostenimiento al otorgarle poder para el cobro y disfrute de la asignación de retiro.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

SUBSECCION B

Consejero ponente: JESUS MARIA LEMOS BUSTAMANTE

Bogotá D.C., dos (2) de octubre de dos mil ocho (2008).

Radicación número: 25000-23-25-000-2000-02678-01(4335-04)

Actor: MARGARITA JIMENEZ DE ZAPATA

Demandado: CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES

AUTORIDADES NACIONALES

Decide la Sala la apelación interpuesta por la demandada y por María Teresa Sosa Peña contra la sentencia del 18 de marzo de 2004, por la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección A, accedió a las

pretensiones de la demanda formulada por Margarita Jiménez de Zapata contra la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares.

La demanda

Margarita Jiménez de Zapata, por medio de apoderado, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, solicitó al Tribunal Administrativo de Cundinamarca la nulidad de las resoluciones Nos. 1987 de 12 de agosto de 1998 y 0547 de 3 de marzo de 1999, expedidas por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, por las cuales le negó la sustitución pensional como cónyuge supérstite y se la concedió a la compañera permanente María Teresa Sosa Peña.

Como consecuencia, a título de restablecimiento del derecho, solicitó se ordene a la entidad demandada reconocerle y pagarle la sustitución pensional a partir de la fecha de presentación de la demanda y afiliarla en tal calidad al sistema de salud de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares; pagarle los perjuicios morales subjetivados por el valor que se pruebe en el proceso, equivalente a quinientos gramos (500 grs) oro, y condenar en costas a la demandada.

Basó su petitum en los siguientes hechos:

Contrajo matrimonio eclesiástico con Samuel Antonio Zapata el 23 de diciembre de 1956. De la unión nacieron cuatro hijos: Laura Teresa, Myriam Alba, Óscar Hernando e Iván Zapata Jaimes.

Por infidelidad Samuel Antonio Zapata la abandonó, al igual que a sus hijos.

Desde el año 1969 Samuel Antonio Zapata percibía asignación de retiro de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares. A partir de 1984 empezó ella a cobrar la pensión por autorización de su esposo, con la finalidad de atender su subsistencia y la de los hijos del matrimonio.

Samuel Antonio Zapata Correa, quién falleció el 6 de mayo de 1998, le otorgaba poder para que cobrara indefinidamente el valor de la pensión pues era su deseo

que siguiera percibiéndola ya que es el único medio de amparo y subsistencia con el que cuenta.

Radicó solicitud de sustitución pensional ante la Caja de Retiro de la Fuerzas Militares bajo el No 0050170 de 1 de junio de 1998, argumentando que no fue ella quien originó la separación o ruptura del matrimonio sino el causante, pero obtuvo respuesta desfavorable mediante los actos demandados. La pensión le fue reconocida a María Teresa Sosa Peña en calidad de compañera permanente.

Normas violadas

De la Constitución Política, los artículos 6 y 29

Ley 153 de 1887, artículo 2º.

Ley 447 de 1998, artículo 9.

Decreto Reglamentario 1160 de 1989, artículo 7.

Decreto 1211 de 1990, artículos 185 y 195.

Código Contencioso Administrativo, artículo 3º.

La sentencia impugnada

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección A, mediante sentencia del 18 de marzo de 2004, accedió a las pretensiones de la demanda. Basó su decisión en los siguientes argumentos: (Fls. 222 a 237).

El marco legal que impone el debate es el Decreto 1211 de 1990, por el cual se reforma el Estatuto de Personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares, artículo 188, con las modificaciones introducidas por el artículo 9º de la Ley 447 de 1998.

En este marco legal y con las pruebas obrantes en el expediente se tiene que Margarita Jiménez de Zapata es la esposa legítima de Samuel Antonio Zapata (fls. 40 y 3 Cdo 2) (sic), y que luego de varios años de casados ocurrió la separación de hecho; también está probado que en las últimas décadas el suboficial retirado convivió con María Teresa Sosa Peña.

No hay prueba testimonial ni de ninguna otra índole que acredite que los hechos que dieron lugar a la ruptura de la vida en pareja se debieron a culpa imputable a

la cónyuge supérstite. Por el contrario, Pedro José Pinzón Sierra, amigo y socio del causante, manifestó conocer de tiempo atrás la relación extramatrimonial de Samuel Zapata Correa con María Teresa Sosa Peña y que la separación con la esposa se produjo por falta de entendimiento, agregó que aquel consumía licor “y a ella no le gustaba y entonces ellos decidieron separarse, no sé desde que fecha”. Este aspecto resulta determinante a la hora de evaluar las exigencias previstas por la ley para definir el derecho a la sustitución pensional en conflicto.

Se demostró igualmente que en el trámite de la actuación en vía administrativa, como se desprende de los actos acusados, la cónyuge compareció aceptando que no convivía con el titular de la pensión desde varios años atrás pero que fue él quien abandono el hogar, situación que no impidió que continuara atento a las obligaciones con su esposa y su familia, al punto de autorizarla anualmente para que reclamara el valor de la prestación pensional a él reconocida.

En la etapa administrativa la compañera del occiso aportó declaraciones extrajuicio a fin de comprobar su convivencia, sin que de modo alguno desvirtuara que la ruptura de la vida en común de los esposos se dio por causas totalmente ajenas a culpa imputable a la cónyuge supérstite.

La situación descrita encuadra dentro de las previsiones de los artículos 188 y 195, párrafo, del Decreto Ley 1211 de 1990, modificados por el artículo 9º de la Ley 477 de 1998, en virtud de los cuales el cónyuge sobreviviente que no hiciera vida marital con el oficial o suboficial pensionado o en disfrute de asignación de retiro, no pierde el derecho cuando se acredite que la separación de cuerpos o de hecho, o el divorcio se produjeron por causas no imputables a su culpa.

En este orden de ideas dispuso que la sustitución pensional se asigne con exclusividad a la cónyuge sobreviviente.

El recurso de apelación

La parte demandada y María Teresa Sosa Peña, quien compareció como compañera permanente, al sustentar la impugnación solicitaron revocar la sentencia del Tribunal, con base en las siguientes razones (Fls. 242 a 247 y 258 a 260).

Caja de Retiro de las Fuerzas Militares

La señora María Teresa Sosa Peña, al solicitar el reconocimiento de la pensión de beneficiarios de Samuel Antonio Zapata Correa, aportó pruebas que sirvieron a la entidad para determinar que el militar convivió con ella en los últimos años de su vida.

El factor de convivencia, aunado al hecho de que la cónyuge del militar no hacía vida en común con él al momento de su fallecimiento, fueron elementos suficientes para que la entidad reconociera, a través de los actos demandados, la sustitución pensional a María Teresa Sosa Peña.

La falta de convivencia de la peticionaria, como cónyuge superviviente, al momento de la muerte del titular de la prestación es causal para denegar el derecho reclamado. Cosa distinta sucede cuando se logra demostrar que la falta de convivencia de los cónyuges al momento del deceso se debe a un evento de fuerza mayor o caso fortuito, pero en el proceso no se probó tal hecho.

La igualdad de derechos entre la compañera permanente y la cónyuge sobreviviente a la hora de reclamar la sustitución pensional tiene respaldo constitucional en la sentencia T-566/98, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

María Teresa Sosa Peña.

Para la época del fallecimiento de Samuel Antonio Zapata Correa, 6 de mayo de 1998, se encontraba vigente el Decreto 1211 de 1990, aplicable para decidir la adjudicación de esta prestación.

Con base en la precitada norma y en el artículo 42 de la Constitución Política, que ampara la familia natural y como factor determinante tiene el apoyo efectivo y la comprensión mutua existentes en la pareja al momento de la muerte de uno de sus integrantes, debe reconocérsele a ella la sustitución pensional.

El acervo probatorio actuante en el expediente entrega el respaldo fáctico para dar aplicación a las disposiciones legales.

La promulgación de la Ley 447 del 23 de julio de 1999, que modifica el Decreto 1211 de 1990, ocurre con posterioridad a la fecha del fallecimiento del causante, 6 de mayo de 1998, lo que hace que no pueda ser aplicada al caso, por no ser retroactiva.

El a quo erró al destacar que en la etapa administrativa la compañera permanente no probó que la ruptura de los esposos legítimos se dio por causas ajenas a culpa imputable a la cónyuge supérstite, imponiéndole una carga probatoria que no está reglamentada por la ley.

Consideraciones de la Sala

El problema Jurídico

Consiste en decidir quién tiene derecho a la sustitución pensional de la asignación de retiro de Samuel Antonio Zapata Correa, si la cónyuge supérstite, hoy demandante o la compañera permanente María Teresa Sosa Peña, hoy recurrente.

La Sala deberá analizar la legalidad de las resoluciones Nos. 1987 de 12 de agosto de 1998 y 0547 de 3 de marzo de 1999, expedidas por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, que le negaron el derecho a la cónyuge supérstite y lo concedieron a la compañera permanente María Teresa Sosa Peña, con el argumento de que ésta última era quien convivía con el causante al momento del fallecimiento.

Hechos probados

La demanda fue admitida contra la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares y María Teresa Sosa Peña, quien compareció, a través de apoderado, en defensa de sus derechos (fls. 87 a 89)

De los antecedentes administrativos allegados al expediente por la demandada se destaca lo siguiente:

- La Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, mediante resolución No 005986 de 25 de noviembre de 1969, reconoció asignación de retiro a Samuel Antonio Zapata. (fls. 136 a 138)
- Según certificado de defunción expedido por la Notaría treinta y ocho (38) del Círculo de Bogotá D.C., Samuel Antonio Zapata, falleció el 6 de mayo de 1998 (Fl. 40).

- La actora solicitó a la demandada la sustitución pensional el 11 de junio de 1998, la que fue radicada bajo el No. 0051854 (fl. 39)
- María Teresa Sosa Peña, compañera permanente, presentó solicitud de sustitución pensional el 26 de junio de 1998, que fue radicada con el No. 0053868, adjuntando certificado de defunción, fotocopia de la cédula de ciudadanía suya y de Samuel Antonio Zapata y declaraciones extrajucio de Pedro José Pinzón y Judith Zapata Moreno.
- Por resolución No 1987 de 12 de agosto de 1998 la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares le negó la sustitución pensional a la cónyuge superviviente, Margarita Jiménez de Zapata, y la reconoció a María Teresa Sosa Peña, en calidad de compañera permanente (fls. 48 a 50).
- Esta decisión, recurrida por la actora, fue confirmada mediante la resolución 0547 de 3 de mayo de 1999 (fls. 56 a 65 y 77 a 81).
- María Teresa Sosa Peña, compañera permanente, es propietaria del establecimiento comercial "MUEBLES COLOMBIA Z S" (FL. 66).
- La Comisión de Prestaciones Económicas del ISS Cundinamarca reconoció a Samuel Zapata Correa pensión de vejez, a partir del 10 de agosto de 1993 (fl. 67).
- María Teresa Sosa Peña es propietaria de un inmueble que le vendió Samuel Antonio Zapata Correa, según certificado de libertad y tradición obrante de folios 68 a 71.

Samuel Antonio Zapata Correa otorgaba poder a su cónyuge, Margarita Jiménez de Zapata, para el cobro y disfrute de la asignación de retiro a él reconocida, por anualidades (fls. 100 a 102).

Se recibió en interrogatorio de parte a Margarita Jiménez de Zapata (fls. 103 a 104).

Se recaudaron los testimonios de JUDITH ZAPATA DE MORENO (fls. 106 a 107), LAURA TERESA ZAPATA JIMÉNEZ (FLS. 108 A 114), PEDRO JOSÉ PINZÓN SIERRA (fls. 115 a 119).

Análisis de la Sala

El asunto se contrae a establecer a quién le asiste mejor derecho a sustituir la asignación de retiro del causante, si a quien actúa, comparece y acredita su

condición de cónyuge sobreviviente o a quien actúa, comparece y acredita su condición de compañera permanente.

La Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, mediante resolución No 005986 de 25 de noviembre de 1969, reconoció asignación de retiro a Samuel Antonio Zapata Correa (fls. 136 a 138).

Samuel Antonio Zapata falleció el 6 de mayo de 1998, según certificado de defunción expedido por la Notaría treinta y ocho (38) del Círculo de Bogotá D.C., (Fl. 40).

Tanto la cónyuge como la compañera permanente solicitaron ante la demandada la sustitución pensional, que le fue reconocida por los actos demandados a la compañera permanente, María Teresa Sosa Peña, por haber acreditado la convivencia con el causante al momento del fallecimiento.

Al decidir el asunto en vía judicial el a quo accedió a reconocer como sustituta de la pensión a la cónyuge y por eso la compañera permanente aduce al recurrir que el Tribunal desconoció las pruebas que en el expediente acreditan plenamente la convivencia afectiva entre ella y el causante al declarar la nulidad de los actos demandados y ordenar el reconocimiento pensional a la esposa, Margarita Jiménez de Zapata.

En la misma forma se pronunció al recurrir la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares.

Debe, entonces, la Sala, en primer lugar, relacionar la normatividad que rige el asunto y en segundo punto determinar, conforme a las pruebas allegadas, a quién le asiste el derecho pensional, si a la cónyuge o a la compañera permanente.

La normatividad aplicable es el Decreto 1211 de 1990, por cuanto el causante es pensionado de las Fuerzas Militares y por tratarse de un régimen especial exceptuado de la Ley 100 de 1993.

El decreto 1211 de 1990, en sus artículos 185 y 195, establece:

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

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

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 divide entre los padres así:

- Si el causante es hijo legítimo llevan toda la prestación 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 concurriere 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 corresponde a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares.”

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

PARÁGRAFO. El cónyuge sobreviviente no tiene derecho a la pensión de que trata este artículo, cuando exista separación legal y definitiva de cuerpos o cuando en el momento del deceso del Oficial o Suboficial no

hiciere vida en común con él, salvo fuerza mayor o caso fortuito debidamente comprobados.”

La **Ley 447 del 23 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:

“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.”.

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.

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”.

La pérdida de la pensión de sobrevivientes o beneficiarios de la asignación de retiro o pensión del causante, oficial o suboficial de las Fuerzas Militares, por el cónyuge supérstite, se exceptúa en el párrafo citado, aunque exista separación legal y definitiva de cuerpos o no se hiciere vida en común con el fallecido al momento del deceso, cuando los hechos que dieron lugar al divorcio, a la separación de cuerpos, o a la ruptura de vida en común se hubieren causado sin culpa imputable al cónyuge supérstite. Esta situación exceptiva de lo dispuesto en la norma requiere de pruebas fehacientes y no de simples suposiciones.

El párrafo del artículo 195 del Decreto Ley 1211 de 1990, modificado por la Ley 447 de 1998, regula la situación sub exámine y debe ser aplicado por cuanto el citado artículo, antes de su modificación, planteaba la excepción de pérdida del

derecho de la cónyuge cuando no hiciera vida en común con el causante “salvo fuerza mayor o caso fortuito debidamente comprobados.”, sin ninguna precisión, concepto que fue puntualizado con la expresión “se hubiere causado sin culpa imputable al cónyuge supérstite”, por tal motivo debe aplicarse, por interpretación favorable, aún cuando es posterior al fallecimiento del causante, 6 de mayo de 1998.

De manera que, en este caso, la citada ley, pese a que se promulgo¹ en fecha posterior al deceso del causante, resulta aplicable al asunto en tanto se limita a definir el alcance de la expresión salvo fuerza mayor o caso fortuito debidamente comprobados, del párrafo del artículo 195 del Decreto 1211 de 1990.

Igualmente la aplicación e interpretación de esta normatividad debe hacerse atendiendo lo previsto en la Constitución Política de 1991, a partir de la cual tomó especial importancia, bajo un marco de igualdad jurídica y social, la familia constituida por vínculos naturales.

La Jurisprudencia de Colombia 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 pues al ser beneficiarios del producto de su actividad laboral, traducido en la mesada pensional, dependen económicamente de la misma para su subsistencia. Es una protección directa a la familia, cualquiera que sea su origen o fuente de conformación, matrimonio o unión de hecho.

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

¹ La Ley 447 de 1998, se promulgó en el Diario Oficial No. 43.345, el 23 de julio de 1998.

o compañero (a) permanente, los hijos menores o inválidos y los padres o hermanos inválidos que dependan económicamente del pensionado (Ley 12 de 1975, art. 1º y Ley 113 de 1985, art. 1º, párrafo 1º). La sustitución pensional tiene como finalidad evitar que las personas allegadas al trabajador y beneficiarias del producto de su actividad laboral queden por el simple hecho de su fallecimiento en el desamparo o la desprotección. Principios de justicia retributiva y de equidad justifican que las personas que constituían la familia del trabajador tengan derecho a la prestación pensional del fallecido para mitigar el riesgo de viudez y orfandad al permitirles gozar post-mortem del status laboral del trabajador fallecido.”.

De esta manera, la familia, núcleo e institución básica de la sociedad de conformidad con los artículos 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, criterio igualmente señalado en la sentencia antes citada, en los siguientes términos:

“El derecho a la pensión de jubilación tiene como objeto no dejar a la familia en el desamparo cuando falta el apoyo material de quienes con su trabajo contribuían a proveer lo necesario para el sustento del hogar. El derecho a sustituir a la persona pensionada o con derecho a la pensión obedece a la misma finalidad de impedir que sobrevinida la muerte de uno de los miembros de la pareja el otro no se vea obligado a soportar individualmente las cargas materiales y espirituales. El vínculo constitutivo de la familia - matrimonio o unión de hecho - es indiferente para efectos del reconocimiento de este derecho. (...)”.

El tratamiento jurídico que se predica para las distintas formas familiares constitucionalmente aceptadas, es igualmente aplicable a sus integrantes, como sería el caso de la cónyuge y la compañera permanente. La Corte² sobre el particular ha aseverado lo siguiente:

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

Así, los derechos de la seguridad social comprenden a cónyuges y compañeros permanentes de la misma manera. El derecho a la pensión de sobrevivientes constituye uno de ellos y respecto de su reconocimiento puede llegar a producirse un conflicto entre los potenciales titulares del mismo. En ese caso, se ha establecido legalmente que el factor determinante para dirimir la controversia está dado por el compromiso de apoyo afectivo y de comprensión mutua existente entre la pareja al momento

² Sentencia T- 553 de 1994

de la muerte del trabajador pensionado. Así lo recordó esta Corporación:

“De lo anteriormente expuesto, puede concluirse que respecto del derecho a la sustitución pensional rige el principio de igualdad entre cónyuges supérstites y compañeros (as) permanentes porque, siendo la familia el interés jurídico a proteger, no es jurídicamente admisible privilegiar un tipo de vínculo específico al momento de definir quién tiene derecho a este beneficio. Por el contrario, la ley acoge un criterio material - convivencia efectiva al momento de la muerte - y no simplemente formal - vínculo matrimonial - en la determinación de la persona legitimada para gozar de la prestación económica producto del trabajo de la persona fallecida.”.³

En consecuencia, el reconocimiento del derecho a la sustitución pensional está sujeto a una comprobación material de la situación afectiva y de convivencia en que vivía el trabajador pensionado fallecido, al momento de su muerte, con respecto de su cónyuge o de su compañera permanente, para efectos de definir acerca de la titularidad de ese derecho. La Corte se pronunció al respecto de la siguiente manera:

“En lo que respecta específicamente a la sustitución pensional entre compañeros permanentes, es importante reconocer que la Constitución Política le ha reconocido un valor significativo y profundo a la convivencia, al apoyo mutuo y a la vida en común, privilegiándola incluso frente a los rigorismos meramente formales. En ese orden de ideas, es posible que en materia de sustitución pensional prevalezca el derecho de la compañera o compañero permanente en relación al derecho de la esposa o esposo, cuando se compruebe que el segundo vínculo carece de las características propias de una verdadera vida de casados, - vg. convivencia, apoyo y soporte mutuo-, y se hayan dado los requisitos legales para suponer válidamente que la real convivencia y comunidad familiar se dio entre la compañera permanente y el beneficiario de la pensión en los años anteriores a la muerte de aquel. En el mismo sentido, si quien alega ser compañera (o) permanente no puede probar la convivencia bajo un mismo techo y una vida de socorro y apoyo mutuo de carácter exclusivo con su pareja, por dos años mínimo, carece de los fundamentos que permiten presumir los elementos que constituyen un núcleo familiar, que es el sustentado y protegido por la Constitución. Es por ello que no pueden alegar su condición de compañeras o compañeros, quienes no comprueben una comunidad de vida estable, permanente y definitiva con una persona, -distinta por supuesto de una relación fugaz y pasajera-, en la que la ayuda mutua y la solidaridad como pareja sean la base de la relación, y permitan que bajo un mismo techo se consolide un hogar y se busque la singularidad, producto de la exclusividad que se espera y se genera de la pretensión voluntaria de crear una familia.”.⁴

Bajo esta línea y a la luz de los artículos 13, 42 y 48 de la Constitución Política, los derechos a la seguridad social comprenden de la misma manera tanto al cónyuge como al compañero o compañera permanente. Adicionalmente, cuando se presente conflicto entre los posibles titulares del derecho a la sustitución

³ Sentencia T-566 de 1998.

⁴ Sentencia T-660 de 1998.

pensional, factores como el auxilio o apoyo mutuo, la convivencia efectiva, la comprensión y la vida en común al momento de la muerte son los que legitiman el derecho reclamado.

En otras palabras, el criterio material de convivencia y no el criterio formal de un vínculo ha sido el factor determinante reconocido por la reciente jurisprudencia de la Sala para determinar a quién le asiste el derecho a la sustitución pensional.

Lo fundamental para determinar quién tiene el derecho a la sustitución pensional cuando surge conflicto entre la cónyuge y la compañera es establecer cuál de las dos personas compartió la vida con el difunto durante los últimos años, para lo cual no tiene relevancia el tipo de vínculo constitutivo de la familia afectada por la muerte del afiliado⁵.

En caso de conflicto entre la cónyuge y la compañera permanente esta Sala se ha pronunciado otorgando el derecho a la sustitución pensional tanto a la una como a la otra, dependiendo de cada situación concreta según las pruebas existentes en el proceso, así en sentencia del 28 de agosto de 2003, con ponencia del suscrito Magistrado, al definir la sustitución pensional de una asignación de retiro en el régimen prestacional de la policía, se dijo:

“5.4. La sustitución de la asignación de retiro en el régimen prestacional de la Policía Nacional:

Si bien el artículo 132 del Decreto 1213 del 8 de junio de 1990, por el cual se reforma el estatuto del personal de agentes de la Policía Nacional, no incluía a la compañera permanente entre los beneficiarios de la sustitución en la asignación de retiro, la entrada en vigencia de la Constitución de 1991, cuyo artículo 42 protege la institución familiar surgida tanto del vínculo matrimonial como de la relación marital de hecho, introdujo un cambio significativo en la forma como debe darse aplicación al artículo 132.

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

⁵ Exp. No. 13001-2331-000-2000-0129-01. No. Interno: 4369-2002 Actor: Rosario Domínguez de Cozzarelli M. P. Tarsicio Cáceres Toro.

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

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

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

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

Si bien el Decreto 1029 de 1994, que reconoce a la familia de hecho, puede aplicarse, en principio, sólo al Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional, el artículo 111 de esta misma disposición extendió los alcances del concepto de familia de hecho a todos los miembros de la institución armada referida, lo cual constituye una determinación que respalda el derecho de los compañeros permanentes para reclamar la sustitución pensional.

Se agrega a lo anterior que otras disposiciones de alcance general ya reconocían a la compañera permanente como beneficiaria de la sustitución pensional, tal como aparece en las leyes 12 de 1975 (artículo 1) , 113 de 1985 (artículo 2), 71 de 1988 (artículo 3) y 100 de 1993 (artículo 74). Estos desarrollos normativos permiten advertir una tendencia muy clara del derecho colombiano respecto al reconocimiento pleno de los derechos de los compañeros permanentes”⁶.

Así mismo, bajo criterios de justicia y equidad, se ha otorgado en partes iguales a la cónyuge y a la compañera permanente el derecho a la sustitución pensional, como se dijo en la decisión del 20 de septiembre de 2007:

⁷“En otras palabras, el criterio material de convivencia y no el criterio formal de un vínculo ha sido el factor determinante reconocido por la reciente jurisprudencia de la Sala para determinar a quién le asiste el derecho a la sustitución pensional.

Lo fundamental para determinar quién tiene el derecho a la sustitución pensional cuando surge conflicto entre la cónyuge y la compañera es

⁶ Referencia: 200012331000199803804 01 No. Interno: 6082-2002 Actor: MARIA QUINTINA GARCIA CASTILLA.

⁷ Exp. No. 760012331000199901453 01. No. Interno: 2410-2004. Actor: Maria Lilia Alvear Castillo. M.P. Jesús María Lemos Bustamante

establecer cuál de las dos personas compartió la vida con el difunto durante los últimos años, para lo cual no tiene relevancia el tipo de vínculo constitutivo de la familia afectada por la muerte del afiliado⁸.

En el caso concreto, al valorar el material probatorio allegado a instancia de las partes, encuentra la Sala acreditados supuestos de hecho que legitiman el derecho tanto de la cónyuge como de la compañera del causante.

Concurren dos grupos de deponentes que son coincidentes y convincentes en el relato de los hechos que les constan respecto de las relaciones de convivencia de Jaime Aparicio con las señoras María Lilia Alvear Castillo y Fanory Pimentel Culman, con cada una de las cuales, de acuerdo con lo expresado, convivió bajo un mismo techo y gozó de socorro y ayuda mutua.

Las manifestaciones de los testigos no resultan contradictorias entre sí ni dan muestra de hechos inverosímiles o poco creíbles que le resten mérito y valor a la prueba. Tampoco se evidencian motivos de sospecha pues lo que expresan los hijos de las directas interesadas es coincidente con lo que a su vez narran los amigos y conocidos de las respectivas parejas o grupos familiares.

Así, en criterio de la Sala, debe aceptarse que el causante compartió su vida con los dos grupos familiares en forma simultánea. Constituye un hecho cierto y probado, la voluntad de Jaime Aparicio Ocampo de mantener vínculos afectivos, de apoyo mutuo, solidario y de respaldo económico con su esposa MARÍA LILIA ALVEAR CASTILLO, y a la vez con la señora FANORY PIMENTEL CULMAN, a quienes los terceros consideraban por el trato como su respectiva compañera de hogar.

La prueba testimonial con la que se acreditan los supuestos que dan muestra tanto de la convivencia con su esposa como con su compañera no fue controvertida por cada una de las interesadas, teniendo la oportunidad procesal para ello. Bajo este supuesto, valorada la prueba de acuerdo con los principios de la sana crítica, para la Sala no existen razones que induzcan a desvirtuar su contenido y a restarle valor o mérito afectando su eficacia probatoria.

Sin duda, y en esto insiste la Sala, si bien no se demostraron las condiciones particulares de la convivencia simultánea pues cada grupo de testigos sólo se refiere a una familia en particular y no puede el juez entrar a derivar supuestos que no se encuentran debidamente soportados en el expediente, es indiscutible que el agente compartía en vida sus ingresos y prodigaba manifestaciones de afecto, solidaridad y apoyo con quienes sus antiguos compañeros conocían como su esposa e hijos y con quienes los vecinos del corregimiento de Amaime, incluida la inspectora departamental, conocían como su compañera e hijo.

Por estas razones, bajo un criterio de justicia y equidad y en consideración a que la finalidad de la sustitución pensional es la de

⁸ Exp. No. 13001-2331-000-2000-0129-01. No. Interno: 4369-2002 Actor: Rosario Domínguez de Cozzarely M. P. Tarsicio Cáceres Toro.

evitar que las personas que forman parte de la familia y que dependen patrimonialmente del causante puedan quedar sumergidas en el desamparo y abandono económico, en el caso concreto, habiéndose acreditado una convivencia simultánea, se resolverá el conflicto concediendo el 50% restante de la prestación que devengaba el extinto agente Jaime Aparicio Ocampo, distribuido en partes iguales entre la cónyuge y la compañera permanente, con quienes convivió varios años antes de su muerte, procreó hijos y a quienes prodigaba ayuda económica compartiendo lo que recibía a título de asignación mensual de retiro.

No existen razones que justifiquen un trato diferente al que aquí se dispone pues concurre el elemento material de convivencia y apoyo mutuo, de manera simultánea, por voluntad propia del causante, en cabeza de la cónyuge y de la compañera.”.

En el marco de esta exposición jurisprudencial y de la normatividad legal vigente, la Sala deberá entrar a determinar a quién le asiste mejor derecho a sustituir la asignación de retiro del causante, si a la cónyuge supérstite o a la compañera permanente.

En los actos demandados se reconoció el derecho pensional que se discute a la compañera permanente, por ser ella quien convivía con el causante al momento de su fallecimiento.

El a quo accedió a las pretensiones de la cónyuge, por considerar que en ninguna de las pruebas aportadas al proceso se adujo que los hechos que dieron lugar a la ruptura de la vida en pareja eran imputables a la culpa de la cónyuge supérstite.

Apelaron la decisión la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares y María Teresa Sosa Peña, compañera permanente del causante, alegando ambas que el criterio para otorgar la pensión es la convivencia y por tanto le corresponde a la compañera permanente.

La Sala encuentra probado que al momento del deceso el causante, Samuel Antonio Zapata Correa, no convivía con su cónyuge, Margarita Jiménez de Zapata, y, por el contrario, convivía con María Teresa Sosa Peña desde hacía 25 años, según lo muestran las declaraciones extrajuicio, los testimonios y el interrogatorio, así:

Declaraciones extrajuicio de Pedro José Pinzón y Judith Zapata Moreno:

Pedro José Pinzón:

“conozco de vista, trato y comunicación desde hace 25 años a MARÍA TERESA SOSA PEÑA, QUIEN CONVIVIÓ EN UNIÓN LIBRE DURANTE 25 AÑOS CON EL SR. SAMUEL ANTONIO ZAPATA CORREA, QUIEN FALLECIÓ EL DÍA 6 DE MAYO DE 1998, ME CONSTA QUE ELLA DEPENDÍA ECONÓMICAMENTE DE EL Y VIVIAN BAJO EL MISMO TECHO Y PERMANECIÓ HA AL (sic) LADO DE EL HASTA EL DIA DE SU FALLECIMIENTO. Y ME CONSTA QUE NO RECIBE PENSIÓN POR PARTE DE NINGUNA OTRA ENTIDAD PUBLICA NI PRIVADA Y ME CONSTA QUE ELLA FUE LA ÚNICA COMPAÑERA PERMANENTE.” (FL. 46).

Testimonio de JUDITH ZAPATA DE MORENO:

“Lo conocía de toda la vida porque es mi hermano y hasta que falleció. PREGUNTADO: Indíquenos si usted conoce a María Teresa Sosa Peña y en caso afirmativo, bajo qué circunstancias de tiempo, modo y lugar la conoció. CONTESTO: Sí la conozco, desde el año de 1973, viviendo con mi hermano, con Samuel Antonio zapata (sic) en el barrio Ricaute. PREGUNTADO: Díganos como (sic) era esa relación de convivencia entre los antes mencionados conforme a su respuesta anterior, indicando si hacia vida marital o pareja en un hogar y demás que a usted le conste?. CONTESTO: la relación de ellos para mi modo de ver era de una pareja normal. Hacían vida marital como marido y mujer y todo el tiempo durante 25 años que convivieron juntos llevaron una vida normal.” (fls. 106 a 107).

Testimonio de LAURA TERESA ZAPATA JIMÉNEZ:

“mi papá tomaba mucho trago y duraba hasta a veces una semana sin ir a la casa, llegaba le pegaba a mi mamá, era mujeriego y yo por lo menos me acuerdo que tendría unos 8 años, y tal vez esa fue como la pelea de la ruptura definitiva, mi papá llegó un día por la mañana, era como un domingo y empezó a pegarle a mi mamá, mi hermano mayor que también era chiquito en esa época se fue a defender a mi mamá y cogió un triciclo que teníamos para pegarle a mi papá para que no le siguiera pegando a mi mamá y todos seguimos el ejemplo de él, solo (sic) que nosotros lo agarramos de las piernas para que no le siguiera pegando a mi mamá y

después de eso mi mamá le quedó una llaga en una de las piernas porque como él le daba puntapiés ella duró harto tiempo con eso, y después de eso mi papá no volvió; mi mamá le dijo que ella no iba a seguir aguantando esos malos tratos (...) él siempre respondió económicamente por mi mamá e incluso a nosotros nos daba plata para que compráramos ropa y para que mi mamá se mantuviera porque ella nunca trabajó, siempre fue ama de casa. El le otorgaba anualmente los poderes para que reclamara la pensión del ejército y le mandaba mensualmente un dinero extra o se lo llevaba él personalmente, cuando el domingo de visita no coincidía con los primeros días del mes. Nunca quiso hacer separación de cuerpos ni de bienes a pesar de que mi mamá le solicitó en repetidas oportunidades porque él siempre consideró que mi mamá debería seguir gozando los beneficios que tenía mientras él estuviera vivo. De hecho también la tenía afiliada al seguro social como beneficiaria porque ella dependía única y exclusivamente la llegada de él (sic)...PREGUNTADO: Díganos en qué época abandonó su padre el hogar y así mismo con posterioridad a ese hecho, cómo fue el comportamiento de don Samuel Antonio Zapata Correa desde el punto de vista afectivo y patrimonial para con su esposa e hijos. CONTESTO: Eso fue como a mediados de 1969 y de ahí en adelante el siguió respondiendo por nosotros económicamente, cuando se necesitaba la presencia de él para una cosa importante, él siempre estaba ahí, nos visitaba cada 15 días, en las fechas especiales estaba con nosotros....mi mamá era un ama de casa de esas tradicionales que además amaba profundamente a mi papá y que incluso a la fecha no consiguió a nadie más. PREGUNTADO: Indíquele al despacho si conoció a María Teresa Sosa Peña y en caso afirmativo, bajo qué circunstancias de tiempo, modo y lugar. CONTESTO: Sí la conocí y la conozco, las circunstancias primero por testimonios de los compañeros de mi papá que fueron al entierro de mi hermano mayor en 1974 que murió atropellado por un carro, ellos llegaron a contar a la casa que Tereza (sic) y las hermanas habían estado en la casa de nosotros que fue donde velamos a mi hermano y en el cementerio y que se estaban burlando del dolor de mi mamá. Esa fue la primera noción que tuve de ella, después mi papá tuvo un socio que se llamaba Alvaro (sic) Capacho con el cual tenía el almacén desde 1968 de repuesto de maquinaria pesada y el socio de mi papá tenía de amante a la secretaria del almacén. La esposa del socio lo mató y entonces fue cuando supimos formalmente porque mi papá y Tereza (sic) estaban recién empezando a convivir que mi papá tenía mucho miedo que

mi mamá hiciera lo mismo con ellos. PREGUNTADO. Dígale a la Corporación si Samuel Zapata Correa, estuviese pensionado por el Instituto de Seguros Sociales y en caso afirmativo a quien (sic) se le adjudicó la sustitución pensional correspondiente. CONTESTO: Sí conozco que además también es como muy extraña la pensión de mi papá en las circunstancias que fue otorgada por el seguro social porque él aparece como si hubiera sido empleado de la hermana de Tereza (sic), lo cual nunca fue cierto, porque él siempre tuvo su almacén independiente y nunca tuvo relación laboral con esa señora. Lo real es que él recibía esa pensión y que ella la aportaba para su unión marital, lo que no sucedía con la pensión del ejército que se la había dejado a mi mamá para que subsistiera porque ella no tenía ningún otro medio económico para mantenerse. De hecho la pensión del Seguro Social nosotros no la estamos reclamando por esta vía judicial porque consideramos que desde su origen está viciada y que igual hasta que no se demuestre lo contrario, mi papá la aportaba para su convivencia con Teresa Sosa.”. (FLS. 108 A 114).

Testimonio de PEDRO JOSÉ PINZÓN SIERRA:

“PREGUNTADO: indíqueme al despacho si conoció al señor Samuel Antonio Zapata Correa y en caso afirmativo, bajo qué circunstancias de tiempo, modo y lugar lo conoció CONTESTO: Sí lo conocí, año 75-76, desde esa época hasta el día de su muerte, lo conocí por mi negocio, porque él fue fiador en un local que tuve en la calle 12 No. 27-01. PREGUNTADO: Igualmente indíqueme a esta Corporación si conoce a María Teresa Sosa Peña, y en caso positivo, desde cuando (sic), donde (sic) y si aún tiene trato con ella. CONTESTO: SI LA (sic) conozco desde la misma fecha que conocí al señor Zapata que vivían en unión libre, era la esposa. Todavía la conozco porque está cerquita a mi negocio. (...) PREGUNTADO: Díganos al momento de la muerte de Samuel Zapata, con quien (sic) convivía este (sic), es decir quien (sic) era su compañera permanente al fallecimiento. CONTESTO: Era la señora María Teresa Sosa. (...) PREGUNTADO: dígale al despacho como fue el trato y el comportamiento de Samuel zapata (sic) Correa respecto de sus hijos y de la madre de estos. CONTESTO: Muy bueno para con los hijos, no sé para con la madre de los hijos de don Samuel Zapata. (...) PREGUNTADO: Con base en lo señalado anteriormente por usted, y la relación de amistad que usted tenía con el señor

Samuel Zapata Correa, díganos si usted tuvo conocimiento de las causas por las cuales se separó de su primera esposa Margarita Jiménez de Zapata. CONTESTO: El me comentó que se habían separado por falta de entendimiento, él se tomaba sus tragos, a ella no le gustaba y entonces ellos decidieron separarse, no se desde que fecha.” (fls. 115 a 119).

Margarita Jiménez de Zapata, **en interrogatorio** de parte dijo:

“Indique al despacho si usted conoció a la señora María Teresa Sosa Peña. CONTESTO: si señor...Yo la conocí el día de la velación de Samuel, que fue cuando mas (sic) la ví ahí en la funeraria, antes la conocí cuando un hijo mío se murió que Samuel la llevó a la casa y estaban recién con ella, eso fue en el 74 que fue cuando mi hijo se murió y ella fue a la casa, pero yo no sabía de que estaba con Samuel porque nosotros todavía estábamos bien. PREGUNTADO. Indíquele al despacho en qué época se separó usted de Samuel Zapata. CONTESTO: Es que nosotros nunca nos separamos porque él no quiso separarse, él siempre estuvo pendiente de nosotros, de los hijos, de la casa. PREGUNTADO. Díganos si en alguna ocasión Samuel Antonio Zapata abandonó el hogar que con ocasión del matrimonio formó con usted y de ser así por qué motivo. CONTESTO: El abandonó el hogar porque él era muy mujeriego y muy tomatrigo él iba a la casa cada quince días pero el se fue como en el 75. Se fue porque él era muy mujeriego, tenía muchas mujeres y tomaba mucho.”. “PREGUNTA NUMERO SIETE: Dígale a esta corporación, al momento de la muerte de Samuel zapata (sic) quien (sic) convivía con él como su compañera permanente. CONTESTO: Teresa Sosa. PREGUNTA NUMERO OCHO: Sabe usted quinen (sic) velaba por el sostenimiento de María Teresa Sosa en vida de Samuel zapata (sic). CONTESTO: no se, Samuel estaba también pensionado por el seguro y a mi (sic) me dejó la pensión de los militares y yo tenía derecho al hospital militar y también al seguro que me había afiliado al seguro, pero tan pronto él murió Teresa me dejó sin nada y pasó los papeles para ella recibir todo.” (fls. 103 a 104).

La actora afirma que si bien no convivía con su esposo al momento del fallecimiento, ello obedeció a causas no imputables a ella, sino a su esposo quien la abandonó para hacer vida marital con otras mujeres, entre ellas María Teresa Sosa.

La Ley 447 de 1998 consagra una excepción a la pérdida del derecho a la sustitución pensional por parte de la cónyuge cuando los hechos que dieron lugar a la separación de cuerpos y a la ruptura de la vida en común, “se hubieren causado sin culpa imputable al cónyuge supérstite.”.

Si la ley determina la regla, pérdida del cónyuge supérstite del derecho a la pensión por no convivir con el pensionado al momento de su fallecimiento, los supuestos de hecho de la excepción a la regla que permitan conservar el citado derecho deben ser demostrados por quien lo reclama.

En este caso, Margarita Jiménez de Zapata contrajo matrimonio con el causante el 23 de diciembre de 1956. Del vínculo nacieron cuatro hijos: Laura Teresa, Myriam Alba, Óscar Hernando e Iván Zapata Jiménez.

Durante su vida marital el causante, según declaración de su hija Laura Teresa Zapata Jiménez, maltrataba física y psicológicamente a su cónyuge, quien en repetidas ocasiones fue atacada en su integridad física, “le quedó una llaga en una de las piernas porque como él le daba puntapiés ella duró hartó tiempo con eso”, era “mujeriego, tomaba trago” y después de una golpiza dada a su esposa, que generó enfrentamiento con sus hijos abandonó el hogar.

Se estableció igualmente con la prueba testimonial que el causante abandonó el hogar, por el año 1975 y que durante los últimos 25 años convivió con María Teresa Sosa Peña.

Se probó también que, pese a haber abandonado el hogar, el causante continuó cumpliendo con las obligaciones económicas de la familia, permitiendo que su esposa cobrara la asignación de retiro a él reconocida.

De lo expuesto se infiere que a la cónyuge debe aplicársele la excepción consagrada en el artículo 9 de la Ley 447 de 1998, toda vez que los hechos que dieron lugar a la separación de cuerpos y a la ruptura de la vida en común se causaron sin culpa imputable a ella, lo que le permite conservar el derecho a la sustitución pensional de la asignación de retiro que reclama.

Avalan esta conclusión los siguientes hechos respecto de la cónyuge:

1) El causante adquirió la asignación de retiro durante el tiempo de convivencia con la cónyuge, esto es dentro del matrimonio, el 1º de octubre de 1969, y el abandono ocurrió hacia el año 1975 (fl. 135); **2)** Los hechos que dieron lugar a la separación de cuerpos y a la ruptura de la vida en común se causaron sin culpa imputable a la cónyuge. **3)** El causante no desamparó en vida a la cónyuge, quien carecía de medios de subsistencia, otorgándole anualmente poder para el cobro y disfrute de la asignación de retiro, a él reconocida (fls. 100 a 102); **4)** Samuel Antonio Zapata falleció el 6 de mayo de 1998; **5)** El causante también percibía pensión de vejez reconocida por la Comisión de Prestaciones Económicas del ISS, Cundinamarca, a partir del 10 de agosto de 1993, la cual era destinada para la convivencia con la compañera permanente (fl. 67); **6)** El causante mantenía una relación de afecto con su esposa e hijos después del abandono. **7)** La cónyuge cuenta con una avanzada edad y carece de otro medio de subsistencia diferente a la pensión que recibía del causante.

Respecto de la compañera permanente, María Teresa Sosa Peña, se considera:

1) Convivió con el causante aproximadamente 25 años. **2)** Es propietaria de un inmueble que le vendió Samuel Antonio Zapata Correa, según certificado de libertad y tradición (fls. 68 a 71); **3)** Es propietaria del establecimiento de comercio “MUEBLES COLOMBIA Z S”; **4)** La pensión de vejez que percibía el causante a Cargo del ISS era destinada al sostenimiento de este vínculo.

Conforme al panorama descrito, ponderando los derechos en discusión, encuentra la Sala que la sustitución pensional en conflicto debe ser reconocida a la cónyuge supérstite Margarita Jiménez de Zapata no sólo por las razones legales y fácticas expuestas sino por criterios de justicia y equidad, en consideración a que la finalidad de la sustitución pensional es la de evitar que las personas que forman parte de la familia y que dependen patrimonialmente del causante puedan quedar sumergidas en el desamparo y abandono económico porque al negarle el derecho pensional a la cónyuge se la dejaría en total desamparo, siendo que en vida el causante veló por su sostenimiento al otórgarle poder para el cobro y disfrute de la asignación de retiro (Fls. 100 a 102).

Lo anterior no significa que se deje desprotegida a la compañera permanente pues existe otro beneficio que es la pensión de vejez, que también percibía Samuel

Antonio Zapata, a la cual puede hacerse acreedora, si ya no lo es, sumado a que cuenta con medios económicos para su subsistencia como se estableció en el plenario.

Adicionalmente, el juez no puede ser ajeno a los hechos sociales que, lo llevan a reconocer que de alguna manera el causante y su cónyuge mantuvieron vivos los lazos afectivos, lo que se infiere no sólo de la protección que le brindó al dejarle la asignación de retiro sino del hecho de que no quiso nunca separarse formalmente a pesar de su convivencia permanente y prolongada con la otra pareja.

El hecho de otorgarle poder a ella para reclamar el pago de la asignación de retiro a él reconocida para proveer su congrua subsistencia permite concluir que el causante les prodigaba alimentos a su cónyuge y a sus hijos, lo cual no se puede desconocer, pese a la convivencia probada con la compañera permanente María Teresa Sosa.

Esta decisión no significa que se haya variado el criterio fundamental para determinar quién tiene el derecho a la sustitución pensional, que no es otro que establecer cuál de las dos personas compartió la vida con el difunto durante los últimos años, por el contrario, este es determinante y valorativo, pero no puede desconocerse que en muchas ocasiones, como en este caso, si se aplicase de forma restrictiva el criterio se dejaría en total desamparo a la cónyuge que dependía económicamente del causante.

Así las cosas, la Sala confirmará la decisión del Tribunal, que accedió a las pretensiones de la demanda, pero, en aras de mantener el equilibrio financiero de la entidad pagadora, que ha venido pagando la sustitución pensional a María Teresa Sosa, en calidad de compañera permanente desde el 6 de mayo de 1998, día en que falleció Samuel Antonio Zapata, el pago se ordenará a partir de la fecha de la sentencia de primera instancia, 18 de marzo de 2004.

Decisión

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 de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA

Confírmase la sentencia del 18 de marzo de 2004, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección A, que accedió a las pretensiones de la demanda interpuesta por MARGARITA JIMÉNEZ DE ZAPATA, identificada con cédula de ciudadanía No. 20.227.920 de Bogotá, contra la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares.

Modifíquese el numeral segundo, en cuanto a que el reconocimiento que deberá efectuar la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares a favor de Margarita Jiménez de Zapata se pagará a partir del 8 de marzo de 2004.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, PUBLÍQUESE Y DEVUÉLVASE EL EXPEDIENTE AL TRIBUNAL DE ORIGEN. CÚMPLASE.

La anterior providencia la estudió y aprobó la Sala en sesión de la fecha.-

BERTHA LUCÍA RAMÍREZ DE PÁEZ GERARDO ARENAS MONSALVE

JESÚS MARÍA LEMOS BUSTAMANTE

