

PRESTACIONES PERIODICAS - Evolución jurisprudencial de la caducidad de la acción de nulidad y restablecimiento / CADUCIDAD DE LA ACCION RESPECTO DE PRESTACIONES PERIODICAS - Evolución jurisprudencial. Diferencia de trato respecto de la decisión que niega o reconoce / PRESTACIONES PERIODICAS - Las decisiones negadas y con caducidad de la acción pueden regresar al agotamiento de la vía gubernativa / DERECHO PRESTACIONAL IRRENUNCIABLE E IMPRESCRIPTIBLE - Prestaciones periódicas. Pensiones y sustituciones pensionales

Tradicionalmente y en forma uniforme, esta Corporación ha venido sosteniendo la no caducidad de la acción contenciosa respecto de los actos administrativos que reconocen prestaciones periódicas de acuerdo a la prescripción establecida en el artículo 136 numeral 2° del C.C.A., modificado por la Ley 446 de 1998. Sin embargo, en esta oportunidad la Sala define un enfoque distinto a tal regulación; el planteamiento interpretativo novedoso surge previo examen del pensamiento jurisprudencial precedente y del alcance que al mismo puede otorgarse dentro del marco derivado de la Constitución Política de 1991, en lo concerniente al carácter fundamental de los derechos vinculados a ciertos extremos esenciales de la seguridad social. En efecto, en Sentencia del 29 de junio de 1993, Expediente No. 5594, la Corporación, en Sala de Sección afirmó que, si bien es cierto, la pensión de jubilación es imprescriptible y por ello aun negada puede volverse a solicitar a la Administración en cualquier tiempo, el ejercicio de la acción contenciosa administrativa contra el acto que niega la referida pensión está sujeto al término de caducidad de 4 meses, previsto en el artículo 136 del C.C.A.. En este sentido, la expresión “en cualquier tiempo”, se refiere a los actos que reconozcan prestaciones periódicas no a los que niegan el derecho, que sí se rigen por lo dispuesto en el inciso segundo ibídem. El pensamiento jurisprudencial anotado, volvió a reiterarse por la Sección Segunda del Consejo de Estado en decisión del 19 de diciembre de 1995, expresando esta vez que cuando se trata de un acto que culminó una petición en interés particular, pero que no tiene el efecto positivo o afirmativo de haber reconocido al demandante el derecho a una prestación periódica, éste habrá de demandar dentro del plazo o término hábil establecido por la Ley para proponer las acciones contencioso administrativas. Posteriormente, en providencia del 18 de julio de 1996, se reafirma la posición señalada, de tal manera que pareciera que el alcance establecido a la interpretación del numeral 2° del artículo 136 del C.C.A., es entendido jurisprudencialmente en un sentido uniforme, y por tanto de manera inexorable, los actos que niegan una prestación periódica aun tratándose de una prestación pensional, habrán de impugnarse dentro del término general de caducidad. Ahora, el efecto útil de la distinción señalada por el Legislador para delimitar la excepción a la regla de caducidad en acciones de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, lleva a que si por alguna causa el actor recurre al control judicial de un acto que niega una prestación periódica de manera extemporánea, decretándose la caducidad, la opción no es otra que regresar de nuevo al agotamiento de la vía gubernativa, con el subsiguiente recorrido de la actuación judicial. Así lo señaló esta Corporación desde la Sentencia del 31 de julio de 1995, cuando afirmó que la demanda extemporánea de derechos pensionales no neutraliza la posibilidad de reclamar nuevamente el derecho, dada su naturaleza imprescriptible, en virtud de la cual, aun cuando se haya decretado la caducidad de la acción incoada, el interesado podrá nuevamente presentar su solicitud de pensión ante la Administración a fin de obtener un nuevo (sic) pronunciamiento al respecto, y si lo estima procedente, demandar dentro de los cuatro meses el acto que le niegue el derecho. Se reafirmó entonces la Sala en el pensamiento del Ministerio Público, en cuanto fijó la posición de que negada la prestación, se debía acudir a la justicia contra la decisión adversa dentro del término de caducidad, justamente porque se enjuicia un acto administrativo en ejercicio de una acción de efímera viabilidad. Explicó que fuera del término de caducidad no es

posible su enjuiciamiento pues “se trata de un fenómeno de procedimiento que opera por mandato de la ley, investida de los caracteres propios del orden público”; indicó además, que “no es que la norma instrumental desnaturalice el derecho sustancial al que sirve de soporte: es que para la efectividad de este, hay un procedimiento forzoso. Son cosas diferentes el derecho subjetivo y el mecanismo procesal para su efectiva protección: vitalicio es el uno, temporal el otro”. De lo analizado, resulta en síntesis, la diferencia de trato en materia de caducidad entre la decisión que reconoce una prestación social periódica y la que la niega, y que consiste en que para esta última, el interesado debe reiniciar toda la actuación gubernativa bajo la perspectiva del acceso a la justicia, cuestión que en el fondo es de naturaleza estrictamente procesal y no responde a una garantía sustancial pues el objeto de debate en uno y otro caso es el mismo: UN DERECHO PRESTACIONAL, DE CARACTER IRRENUNCIABLE E IMPRESCRIPTIBLE.

TERMINO DE CADUCIDAD RESPECTO DE ACTO QUE NIEGA PRESTACION PERIODICA - Rectificación jurisprudencial / RECTIFICACION JURISPRUDENCIAL - Caducidad de la acción respecto de acto que niega la prestación periódica / PRESTACIONES PERIODICAS - Rectificación jurisprudencial sobre caducidad de la acción respecto de actos que niegan la pensión o sustitución / PRINCIPIO DE INTANGIBILIDAD DE LOS DERECHOS - Prevalece sobre la intangibilidad de la ley / ESTADO SOCIAL DE DERECHO - Abstracción genérica que faculta al intérprete para dar eficacia material a un precepto legal en la sentencia / EXCEPCION DE CADUCIDAD RESPECTO DE ACTOS SOBRE PRESTACIONES PERIODICAS - Se aplica a actos que otorguen o nieguen la pensión o sustitución

Se evidencia cómo la discriminación que aplica la caducidad al acto que niega el reconocimiento de una prestación periódica implica una razón susceptible de evaluar en el contexto del absurdo, por cuanto conduce a la repetición estéril de una conducta ya descrita tanto por la administración como por el usuario y desde luego por la administración de justicia, lo que por supuesto significa un desgaste que conspira en forma simultánea contra los derechos esenciales implicados en esta problemática, y respecto de la economía y eficiencia como principios seculares en la actividad de la Administración Pública y de la Administración de Justicia. En lo puramente casuístico, la situación del proceso refleja que la actora agotó la vía gubernativa el 28 de noviembre del 2000, recibió fallo de primera instancia el 9 de agosto de 2007, y un año después se apresta a recibir fallo de segunda instancia, es decir, que por razones de operación judicial y administrativa ha perdido 8 años en definir la existencia o no de su derecho, y si tenemos en cuenta su edad, aproximadamente de setenta años, es probable que de acuerdo al promedio estándar de longevidad en el país, no alcance a enterarse de cuál es la decisión judicial que en últimas definirá su aspiración. Sin duda, tal circunstancia no es exclusiva de este proceso, sino que resulta un lugar común en las personas con derechos pensionales; evidentemente por razones legales, estos conflictos frente a asuntos pensionales ocurrirán con personas mayores de 60 años; emerge entonces con nitidez que la regulación establecida en el numeral 2° del artículo 136 del C.C.A., es precaria en su razonabilidad y que la pacífica jurisprudencia que la interpreta amerita por lo menos una nueva reflexión que la coloque a tono con los mandatos de la Constitución del año 1991 en cuanto estableció un Estado Social de Derecho, cuyo criterio de interpretación no es la intangibilidad de la Ley, sino precisamente, la intangibilidad y eficacia de los derechos, principiando por los derechos fundamentales sobre los que descansa la legitimidad misma del Estado. Sobre este dilema, la Ley en el Estado Social de Derecho debe entenderse fundamentalmente sobre dos supuestos. El primero se ubica en su carácter general, que implica una abstracción sobre la cual se afirma la idea de determinación de su contenido; se trata pues de acciones o actividades típicas, definidas en forma abstracta a casos genéricos frente a casos individuales. El segundo supuesto, refiere a la razonabilidad de su aplicación, que consiste en la

competencia del intérprete para que esa abstracción genérica, a la que por su propia naturaleza le resulta imposible regular la totalidad de los casos, pueda conducirse hacia su eficacia material de manera tal que la aplicación del precepto legal no niegue sino viabilice la vigencia del derecho.

Ley y razonabilidad constituyen un binomio que afirma el ámbito de acción del juez, del que dimana la competencia para que al expedir su sentencia -que es una regla jurídica de contenido concreto-, se realice la justicia. Con este pensamiento, la premisa que la Sala sienta, se distancia de la interpretación que ha sostenido la Sección en las referencias jurisprudenciales anotadas homogéneamente en los últimos años; por consiguiente, la excepción de caducidad respecto de los actos que reconozcan prestaciones periódicas, se aplica indiscutiblemente también a los actos que las niegan.

**EXCEPCION DE CADUCIDAD RESPECTO DE ACTOS QUE NIEGUEN PRESTACION PERIODICA - Rectificación jurisprudencial. Interpretación en equidad sobre derecho a la seguridad social de las personas de la tercera edad / DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL - Carácter irrenunciable y prevalente de las personas de la tercera edad / ACTOS QUE NIEGAN PRESTACIONES PERIODICAS - Sin sujeción a término de caducidad de la acción de nulidad y restablecimiento**

La premisa que la Sala sienta, se distancia de la interpretación que ha sostenido la Sección en las referencias jurisprudenciales anotadas homogéneamente en los últimos años; por consiguiente, la excepción de caducidad respecto de los actos que reconozcan prestaciones periódicas, se aplica indiscutiblemente también a los actos que las niegan, para lo cual se invocan además las siguientes razones: La Corte Constitucional, en sentencia de exequibilidad frente al inciso tercero del artículo 136 del C.C.A., subrogado por el artículo 23 del Decreto Extraordinario 2304 de 1989 y respecto de la acusación del precepto, en cuanto resultaba contrario a los derechos a la igualdad, al acceso a la Administración de Justicia, a la prevalencia del derecho sustancial y a los principios que rigen la actuación de la Administración Pública, reconoció en suma, que el tema no es materia de una decisión de inexequibilidad, por tratarse de una omisión constitucional frente a una competencia exclusiva del Legislador para regular la oportunidad en el ejercicio de las acciones judiciales, respecto de la cual, la Carta le brinda plena autonomía. Este mismo criterio, fue sostenido en la sentencia C-477 de 2005, cuando la Corte analizó el mismo texto de la norma pero bajo la denominación establecida en el artículo 44 de la Ley 446 de 1998, ordenando estarse a lo resuelto en las sentencias C- 108 de 1994 y C-1049-04, y pronunciándose de fondo frente a la norma acusada y la violación alegada por desconocimiento en su contenido del efecto vinculante del preámbulo de la Constitución. Afirmó el Tribunal Constitucional que la diferencia de trato en caducidad frente al acto que niega prestaciones periódicas, constituye un instrumento normativo que se orienta a fomentar el ejercicio de acciones legales dentro de plazos determinados y que ello es compatible con múltiples disposiciones constitucionales que se orientan a la promoción de la seguridad jurídica. En esa dimensión, concluyó que la aplicación del término de caducidad al acto que niega la prestación periódica “no es algo que contraría sino que afirma los fundamentos del Estado social de derecho, pues si esta fórmula legitima el poder político, por su sujeción a formas y contenidos jurídicos, una decisión como aquella, que sea coherente con tales formas y contenidos, contribuye a legitimar esa organización política”, razón por la cual declaró exequible el numeral 2° del artículo 136 del C.C.A. modificado por el artículo 44 de la Ley 446 de 1998, respecto del cargo analizado. Pareciera que el Tribunal Constitucional esta vez, reiterara su tesis en sentido de que la discriminación que restringe la exención de caducidad en el debate sobre prestaciones periódicas respecto del acto negativo, es constitucional simplemente porque la opción elegida por el Legislador aparece como una potestad in situ de la misma organización política del Estado. Es evidente en consecuencia que no aborda ningún

análisis material, y su criterio lo delimita al examen de competencias permitiendo entonces que sea el intérprete de la norma quien profundice sobre los contenidos de su aplicación; de ahí, esta Sala encuentra fundamento para examinar el alcance hermenéutico que facilite la aplicación del precepto procesal de modo que no estorbe sino que permita en condiciones de equidad la vigencia del derecho sustancial en discusión, que vale la pena reiterarlo, no es otro que el derecho a la seguridad social como garantía constitucional de los ciudadanos y con aplicación reforzada en personas de la tercera edad. El artículo 48 de {{{{{{la Constitución Política, habilita el carácter irrenunciable del derecho a la seguridad social, y en esa misma dimensión el artículo 46 ibidem, constitucionaliza el amparo prevalente frente a la protección y asistencia de las personas de la tercera edad. Estos dos preceptos constitucionales que suponen protección frente a situaciones de necesidad, resultarían completamente ineficaces a la interpretación consolidada que no exime de caducidad a los actos que niegan prestaciones periódicas, y teniendo en consideración que los mandatos constitucionales suponen principios para la protección de derechos fundamentales, es evidente para esta Sala que el alcance regulador del numeral 2 del artículo 136 del C.C.A., debe ser reinterpretado en el sentido de exonerar del término de caducidad a los actos que niegan prestaciones periódicas.

**PRINCIPIO DE EQUIDAD** - Criterio auxiliar de la actividad judicial. Justicia como valor supremo / **ACTOS QUE NIEGAN PRESTACIONES PERIODICAS** - No están sujetos a término de caducidad de la acción. Rectificación jurisprudencial / **TERMINO DE CADUCIDAD RESPECTO DE ACTOS QUE NIEGAN PRESTACIONES PERIODICAS** - Rectificación jurisprudencial. No hay término de caducidad de la acción

Cabe señalar que esta Corporación en providencia del 23 de mayo del 2002, subrayó cómo la Constitución Política consagra el principio de equidad como criterio auxiliar de la actividad judicial, por lo que debe tenerse en cuenta que la justicia es un valor supremo en esta delicada función y que existen en el Ordenamiento Jurídico disposiciones que habilitan al fallador para lograr la eficacia del derecho. Por mandato de nuestra Carta es imprescindible observar estos principios en las actuaciones judiciales, “(...) y se incurre en el pecado que señala el aforismo latino de “súmmum jus summa injuria” -derecho estricto injusticia suprema- que se suele utilizar para indicar que al juez no puede considerársele como un autómatas o esclavo de la norma escrita, por ley; debe entenderse el ordenamiento jurídico como un todo. Incluso, en los casos como el aquí examinado, la doctrina constitucional permite dejar de lado el texto de la ley para no proferir decisiones que contraríen el orden justo, valor este constitutivo de nuestro ordenamiento constitucional (...). En suma, la relectura y alcance que en esta oportunidad fija la Sala al artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, en cuanto dispone que los actos que reconocen prestaciones periódicas pueden demandarse en cualquier tiempo, no apunta sólo a aquéllos que literalmente tienen ese carácter, sino que igualmente comprende a los que las niegan. Ello por cuanto de un lado, la norma no los excluye sino que el entendimiento en ese sentido ha sido el resultado de una interpretación restringida, y de otro, tratándose de actos que niegan el reconocimiento de prestaciones periódicas, tales como pensiones o reliquidación de las mismas, para sus titulares que son personas de la tercera edad, ello se traduce en reclamaciones y controversias que envuelven derechos fundamentales. No puede perderse de vista que la Carta Política garantiza la primacía de los derechos inalienables y éstos prevalecen sobre aspectos procesales. El derecho a la pensión y su reliquidación es un bien imprescriptible e irrenunciable para sus titulares. En el sub examine, al tiempo que como quedó expresado en párrafos anteriores, la demanda contra los actos impugnados fue presentada por fuera del término de caducidad -cuestión que extrañamente ignoró el Magistrado que admitió la demanda y la Sala que la decidió-, sin embargo bajo la motivación expuesta precedentemente, su extemporaneidad

se torna en una inconsistencia inane, pues en cualquier caso, si no hay caducidad para los actos que reconocen prestaciones periódicas tampoco la habrá para aquellos que las niegan, fundamento que facilita el examen de fondo del asunto propuesto en esta instancia.

SUSTITUCION PENSIONAL - Exámen de normas vigentes al momento del deceso del causante. Pérdida del derecho por ausencia de vida en común excepto por fuerza mayor o caso fortuito / PERDIDA DEL DERECHO A LA SUSTITUCION PENSIONAL - Excepción por separación o ausencia de vida en común no imputable al cónyuge supérstite / DERECHO AL ACCESO A LA SEGURIDAD SOCIAL - Pérdida de sustitución pensional por hecho no imputables al cónyuge supérstite / HECHOS NO IMPUTABLES AL CONYUGE O COMPAÑERA PERMANENTE - Separación o ausencia de vida en común

Mediante los actos acusados, la Entidad demandada negó el derecho reclamado por la actora, al considerar que no existía una convivencia real y afectiva entre la pareja en tanto se encontraban separados desde hacía 8 años, tal como lo afirmó la peticionaria en el escrito radicado en procura de su derecho el 25 de abril del 2000, situación que a la luz del artículo 188 del Decreto 1211 de 1990, la excluía del beneficio sustitutivo. El asunto enmarcado impone entonces el examen de las normas aplicables al caso concreto. La Sala debe precisar en primer lugar, que las normas que gobiernan la sustitución pensional debatida son las vigentes al momento del deceso del causante, esto es, a 28 de marzo del 2000 según da cuenta el certificado de defunción visible a folio 2 del expediente, pues es éste el momento a partir del cual nace el derecho para los beneficiarios del pensionado, tal como lo ha sostenido esta Subsección en diferentes oportunidades. Deben aplicarse entonces al presente caso las normas especiales que regulan el sistema pensional y el régimen de sustitución de los miembros y pensionados de las Fuerzas Militares, por expresa disposición del artículo 279 de la Ley 100 de 1993, el cual los excluyó, entre otros, de su ámbito de regulación en aras de salvaguardar los beneficios contenidos en el particular sistema. El Decreto Ley 1211 de 1990, por medio del cual se reformó el Estatuto del Personal Oficial y Suboficial de las Fuerzas Militares, fue el ordenamiento aplicado al caso concreto por la Administración y por el a quo para negar el derecho; éste en principio reguló en su artículo 195 el régimen de sustitución pensional por muerte de un Oficial o Suboficial en goce de asignación de retiro, como también, en el artículo 188, la extinción del derecho para sus beneficiarios. Define la norma, el derecho del cónyuge a la sustitución pensional del Oficial o Suboficial fallecido en porcentaje equivalente a la totalidad de la prestación percibida en vida por éste, sin embargo, precisa la inexistencia del derecho sustitutivo a favor del cónyuge en dos eventos: la separación legal y definitiva de cuerpos, o la ausencia de vida en común con el causante al momento de su muerte, frente a lo cual prevé como excepción aquellas situaciones de fuerza mayor o caso fortuito, que una vez comprobadas habilitarían el otorgamiento del derecho al cónyuge supérstite. Las disposiciones anteriormente analizadas constituyeron el fundamento de la negativa de la Administración frente al derecho de la actora y a su vez la defensa de la Entidad dentro del trámite procesal acaecido, en donde ésta se reafirmó en la pérdida del beneficio pensional de la demandante por mediar el hecho de la separación legal con el pensionado; sin embargo, debe precisarse que éstas fueron modificadas posteriormente por el artículo 9° de la Ley 447 de 1998, vigente a partir del 23 de julio del mismo año, por lo cual su contenido quedó ciertamente definido. La modificación introducida, precisa entonces que el cónyuge sobreviviente no tendrá derecho a la pensión del ex militar fallecido, cuando al momento de su muerte exista separación judicial o extrajudicial de cuerpos o no hiciere vida en común con él, salvo aquellos casos en que la separación legal o de hecho se haya causado sin culpa del cónyuge supérstite. Si bien dicha norma constituye un rezago del antiguo régimen de sustitución pensional existente con anterioridad a la Constitución Política de 1991, en tanto no

reconoce las diversas situaciones que se dan frente a los compañeros permanentes, ésta disposición de una u otra forma da prevalencia a las situaciones de hecho que subsisten entre los cónyuges para definir así el derecho sustitutivo de los mismos, permitiendo aun revisar la causa de la separación, a fin de amparar el derecho en aquellos casos en que no le fuere imputable al cónyuge supérstite.

**DERECHO DE ACCESO A LA SEGURIDAD SOCIAL** - Criterio material sobre existencia de la familia y no formal. **Sustitución pensional / SUSTITUCION PENSIONAL** - Pérdida del derecho por separación o ausencia de vida marital. Excepción por hechos no imputables al cónyuge supérstite / **FALTA DE VIDA EN COMUN** - Si subsisten los deberes conyugales que dan existencia real al núcleo familiar tiene derecho a la sustitución pensional / **SUSTITUCION PENSIONAL** - Requisitos en caso de divorcio o ausencia de vida en común para acceder a la prestación / **FAMILIA** - Criterio material y formal sobre su existencia real

El precepto anotado debe interpretarse de acuerdo a la finalidad misma de la garantía constitucional de acceso a la seguridad social que informa esta prestación y a los criterios generales de otorgamiento del beneficio sustitutivo, en tanto a partir de la Constitución de 1991, con base en la protección especial de que goza la familia constituida en sus diversas formas (artículo 42), más que definir este derecho en virtud del vínculo jurídico existente entre la pareja, el Legislador ha observado un criterio material que se circunscribe a la existencia real de un núcleo familiar establecido, privilegiando aquellas circunstancias de hecho que en efecto suponen su conformación o consolidación a la hora de definir su otorgamiento, en aras de solventar la finalidad para la cual se creó dicha modalidad de previsión social. Se concluye que a la hora de definir el otorgamiento de una sustitución pensional, debe apelarse más que a las circunstancias formales o al vínculo jurídico existente con el causante, a aquellas situaciones de hecho que desentrañan la existencia real del núcleo familiar del pensionado fallecido, pues es a quienes lo conforman materialmente (cónyuge, compañero(a) permanente, hijos con derecho, padres y hermanos en el orden de beneficiarios correspondiente), a quienes se encuentra dirigida la prestación de sustitución pensional prevista por el Legislador. Para el caso concreto, se presentó como única beneficiaria la actora, en calidad de cónyuge supérstite del pensionado fallecido. En efecto, se encuentra demostrado en el plenario que contrajo matrimonio católico con el señor José Joaquín Luque Guerrero el 27 de marzo de 1958, de acuerdo con el Registro Civil de Matrimonio que aparece en el expediente. Asimismo, aparece allí la anotación de la separación de cuerpos decretada el 6 de julio de 1992 por el Juzgado 13 de familia de Bogotá y en seguida, el registro de la sentencia de divorcio proferida el 4 de diciembre de 1997 por el Juzgado 12 de familia del mismo circuito judicial. Al respecto, afirma la actora que aun cuando existió separación de cuerpos y posteriormente divorcio entre la pareja, ello obedeció a la decisión unilateral de su esposo de separarse, situación que se originó en la enfermedad diabética degenerativa que éste padecía y que en los últimos años se acrecentó causándole trastornos emocionales e impotencia, fenómeno que motivó tal decisión, frente a la cual ella no tuvo otra alternativa más que aceptar para no contrariarlo en su delicado estado de salud; sin embargo, manifiesta que en ningún momento existió separación real pues ella continuó viendo por él, pendiente de su cuidado, alimentación y vestido durante toda la enfermedad y hasta el momento de su muerte. La demandante pretende demostrar con las pruebas anteriormente relacionadas: i) que el divorcio se dio por causas ajenas a su voluntad, es decir, sin su culpa y ii) que nunca existió de hecho la separación de la pareja pues aun cuando no convivían juntos subsistían todos los deberes conyugales; supuestos de hecho, que considera la habilitan para constituirse en beneficiaria de la sustitución pensional del causante. Para la Sala, el análisis del conjunto probatorio arroja la existencia del derecho de la demandante a acceder a la sustitución de la

pensión. Así las cosas y en armonía con la finalidad de la sustitución pensional expuesta inicialmente, se encuentra probado que pese a la separación de cuerpos y el divorcio de la pareja, el vínculo afectivo y moral entre la pareja subsistió con todos los deberes y obligaciones derivados del mismo, de manera que desconocer las circunstancias de hecho que rodean el caso para ligarse netamente a la disolución formal del vínculo matrimonial existente entre la pareja, constituiría una negación injusta del derecho de la actora y el desconocimiento mismo de la finalidad de previsión establecida por el Legislador para la sustitución pensional. Por lo anterior, la Sala revocará la decisión del a quo y en su lugar declarará la nulidad de los actos acusados con el consecuente restablecimiento del derecho, consistente en el reconocimiento de la sustitución pensional a favor de la demandante, correspondiente al 100% de la asignación de retiro devengada por el señor José Joaquín Luque Guerrero, con efectos fiscales a partir de la fecha de su fallecimiento -28 de marzo de 2000-, lo anterior por cuanto la solicitud de sustitución fue elevada ante la Administración el 25 de abril del mismo año, de manera que no media en este caso prescripción alguna de las mesadas causadas.

## CONSEJO DE ESTADO

### SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

#### SECCION SEGUNDA - SUBSECCION "A"

Consejero ponente: GUSTAVO EDUARDO GOMEZ ARANGUREN

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

Radicación número: 25000-23-25-000-2002-06050-01(0363-08)

Actor: MARIA ARAMINTA MUÑOZ DE LUQUE

Demandado: CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia del 9 de agosto de 2007, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, dentro del proceso promovido por la señora María Araminta Muñoz de Luque contra la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, en procura de obtener la sustitución de la asignación de retiro del señor José Joaquín Luque Guerrero.

## I. ANTECEDENTES

### 1. LA ACCIÓN

Por conducto de apoderado judicial y en ejercicio de la acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho consagrada en el artículo 85 del C.C.A., la actora demandó la nulidad de las Resoluciones N° 3348 del 20 de septiembre del 2000 y N° 4284 del 28 de noviembre del mismo año, por medio de las cuales, respectivamente, se resolvió negativamente la solicitud de sustitución pensional elevada por la demandante y se desató el recurso de reposición interpuesto contra la decisión anterior confirmándola.

Como consecuencia de la nulidad de los actos acusados y a título de restablecimiento del derecho, la peticionaria pidió el reconocimiento y pago del beneficio de la sustitución pensional vitalicia a que tiene derecho en calidad de cónyuge del señor José Joaquín Luque Guerrero, con efectividad al 28 de marzo del 2000, fecha de su fallecimiento. Solicita además, el reajuste y

pago de la pensión con todos los beneficios que la Ley prevé a favor de los pensionados y el cumplimiento del fallo dentro de los 30 días siguientes a su ejecutoria.

## 2. FUNDAMENTOS FÁCTICOS

Dentro del libelo demandatorio se exponen como sustento de las pretensiones los siguientes hechos:

Que el señor José Joaquín Luque Guerrero y la señora María Araminta Muñoz, contrajeron matrimonio católico el día 27 de marzo de 1958, de cuya unión nacieron 3 hijos: María del Carmen, Rubby Cecilia y William José Luque Muñoz.

A partir del 16 de noviembre de 1970 y encontrándose casado con la demandante, el señor José Joaquín Luque Guerrero empezó a recibir su asignación de retiro, la cual fue reconocida mediante Resolución No. 1321 del 30 de abril de 1970.

En el año de 1975 la pareja se divorció a causa de la enfermedad del señor Luque Guerrero y a voluntad del mismo, sin embargo la convivencia afectiva entre la pareja se mantuvo hasta su muerte, al igual que los deberes de cuidado y protección, situación que era conocida socialmente.

El señor José Joaquín Luque Guerrero, falleció el día 28 de marzo del 2000, por lo cual la señora María Araminta Muñoz de Luque solicitó la sustitución de la asignación de retiro que percibía en vida su ex esposo, como quiera que ella dependía económicamente del mismo.

La Caja de Retiro de la Fuerzas Militares negó el derecho reclamado mediante las Resoluciones ahora demandadas, desconociendo las circunstancias que de facto habilitaban la sustitución pensional en cabeza de la demandante.

## 3. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

Como disposiciones quebrantadas, la demandante invocó el artículo 48 de la Constitución Nacional; los artículos 188 y 195 del Decreto 1211 de 1990 y el artículo 9° de la Ley 447 de 1998.

Precisó que el derecho a la seguridad social consagrado en el artículo 48 de {{{{{{la Constitución Política constituye un derecho fundamental en razón de los demás derechos que involucra.

Que en el presente caso, la Entidad demandada violó las normas citadas al desconocer a la luz de las mismas la situación real de la demandante frente al pensionado fallecido, la cual la hacía acreedora del derecho reclamado, en tanto éstas prescriben que el cónyuge sobreviviente es beneficiario de la sustitución pensional aun existiendo separación judicial o extrajudicial, cuando los hechos que dieron lugar al divorcio, la separación de cuerpos o la ruptura de la vida en común se hubieren causado sin culpa del cónyuge supérstite, situación que se presenta en este caso, en donde a raíz de la enfermedad del causante, éste voluntariamente decide separarse.

## 4. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Debidamente notificada la demanda propuesta por la actora (fl. 58), la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares no compareció a dar contestación al libelo.

Agotada la etapa probatoria y de alegatos de conclusión sin que se advirtiera causal de nulidad, el



Tribunal Administrativo de Cundinamarca concluyó la instancia dictando sentencia de mérito.

## II. SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca negó las pretensiones de la demanda mediante proveído del 9 de agosto de 2007 (fl. 154).

Consideró que el asunto de fondo se contraía a establecer los requisitos legales para acceder al reconocimiento de la sustitución de la asignación de retiro del personal de las Fuerzas Militares y que en ese orden de ideas, se debía determinar si resultaba viable el reconocimiento del derecho a la demandante en su calidad de ex cónyuge sobreviviente, de conformidad con las circunstancias fácticas que rodearon su relación, en tanto medió el divorcio entre la pareja 8 años antes del fallecimiento del causante.

Del análisis de las normas especiales que consagran los requisitos de acceso al beneficio de la sustitución pensional demandada y del acervo probatorio que acompaña el expediente, concluyó el a quo que la señora María Araminta Muñoz de Luque, no logró probar que las causas que mediaron para su divorcio con el causante no le eran imputables y que contrario a lo expuesto en el libelo demandatorio, se encontraba demostrado que ésta no convivía con el fallecido al momento de su muerte, razón por la cual no se consolidaba a su favor el derecho reclamado.

## III. LA APELACIÓN

Inconforme con la decisión adoptada, la parte demandante apeló oportunamente el fallo de primera instancia y solicitó su revocatoria (fl. 170).

Considera que la sentencia recurrida adolece de una errónea valoración de las pruebas, los hechos y las normas jurídicas y principios del derecho aplicables al sub examine.

Ratificó que el motivo de la separación entre el señor José Joaquín Luque Guerrero y la señora María Araminta Muñoz, fue la enfermedad que este empezó a padecer desde el año 1975, la cual le causó trastornos de tipo psicológico e impotencia, que motivaron su decisión de divorciarse de su esposa; sin embargo recalca que nunca dejó de existir una relación de pareja, pues ella le seguía procurando todos los cuidados de su enfermedad y viendo de él, de su vestuario, su alimentación etc.; afirma que tan cierto es lo anteriormente comentado, que en sus últimos días era ella quien se encontraba a su lado y quien autorizó la cirugía que le practicaron y que concluyó con su muerte.

Asimismo, señala la demandante, que siempre dependió económicamente del señor José Joaquín Luque Guerrero hasta el momento de su muerte sin que tuviese otro medio de subsistencia; de otra parte, narra que éste nunca sostuvo relación sentimental diferente a la existente con ella, razones que al encontrarse probadas resultan suficientes para que se le reconozca el derecho.

## IV. CONSIDERACIONES

### PROBLEMA JURÍDICO.

De conformidad con lo expuesto por la parte demandante dentro del recurso de apelación interpuesto, corresponde a la Sala determinar si la señora María Araminta Muñoz Luque reúne o no los requisitos para acceder a la sustitución de la asignación de retiro que en vida devengaba el señor José Joaquín Luque Guerrero; sin embargo, al estudiar detenidamente el expediente, advierte la Sala que la acción incoada fue ejercida por fuera del término establecido en el artículo

136 del Código Contencioso Administrativo, razón por la cual se encuentra en principio caducada.

## DE LA CADUCIDAD DE LA ACCIÓN.

La caducidad de la acción, es un fenómeno de creación legal, por cuyo efecto, el simple paso del tiempo impide el debate judicial sobre la legalidad de los actos de la Administración.

Tradicionalmente se ha entendido como una manera de darle firmeza a las decisiones administrativas y de otorgar seguridad jurídica a los ciudadanos.

El fenómeno procesal en mención, se encuentra configurado en el presente caso bajo los siguientes hechos:

En efecto, se demandó en ejercicio de la acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho la nulidad de las Resoluciones N° 3348 del 20 de septiembre del 2000 y N° 4284 del 28 de noviembre del mismo año, visibles a folios 66 y 77 del expediente, por medio de las cuales, respectivamente, se resolvió en forma negativa la solicitud de sustitución pensional elevada por la demandante y se desató el recurso de reposición interpuesto contra la decisión inicial de la Administración, confirmándola.

El acto que agotó la vía gubernativa, es decir, la Resolución N° 4284 del 28 de noviembre del 2000, fue notificado personalmente a la interesada el 11 de diciembre del mismo año, tal como consta a folio 81 del sub lite; por su parte, la demanda fue presentada en la Secretaría del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, el 19 de abril del año 2002.

De conformidad con el artículo 136 del C.C.A., modificado por el artículo 44 de la Ley 446 de 1998, el término de caducidad para el ejercicio de la acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho es de cuatro (4) meses, contados a partir del día siguiente a la publicación, notificación, comunicación o ejecución del acto demandado, según el caso, razón por la que la acción incoada se encontraría caducada como quiera que se superó ampliamente el término aludido, es decir, que entre la fecha de notificación del acto acusado y el ejercicio del derecho de acción por parte de la demandante, transcurrieron más de cuatro meses, en tanto la demanda se presentó ante esta Jurisdicción hasta el 19 de abril de 2002, esto es, aproximadamente 1 año después del vencimiento del término indicado en la norma.

Ahora, si bien la misma disposición invocada señala que los actos que reconozcan prestaciones periódicas podrán demandarse en cualquier tiempo por la Administración o por los interesados, ha de precisarse que en el presente caso, aun cuando se trata de una prestación periódica, no se discute un acto de reconocimiento sino la negativa del derecho a la sustitución pensional reclamada, que pese a derivarse de un derecho cierto en cabeza del causante se emancipa del mismo en virtud del hecho y la causa jurídica que lo ocasiona y que desde luego amerita un pronunciamiento de la Administración en orden a determinar en cabeza de quien o quienes se encuentra, razón que justifica que el asunto no se enmarque dentro de la excepción prevista en la norma frente al término perentorio de caducidad.

No obstante la Sala estima necesario revisar el presupuesto procesal de la caducidad frente a los actos que niegan el reconocimiento de derechos pensionales o la sustitución de los mismos, para replantear la tesis jurisprudencial que ha venido definiendo el asunto.

## 3. RECTIFICACIÓN JURISPRUDENCIAL.

### 3.1 ANTECEDENTES

Tradicionalmente y en forma uniforme, esta Corporación ha venido sosteniendo la no caducidad de la acción contenciosa respecto de los actos administrativos que reconocen prestaciones periódicas de acuerdo a la prescripción establecida en el artículo 136 numeral 2° del C.C.A., modificado por la Ley 446 de 1998. Sin embargo, en esta oportunidad la Sala define un enfoque distinto a tal regulación; el planteamiento interpretativo novedoso surge previo examen del pensamiento jurisprudencial precedente y del alcance que al mismo puede otorgarse dentro del marco derivado de la Constitución Política de 1991, en lo concerniente al carácter fundamental de los derechos vinculados a ciertos extremos esenciales de la seguridad social.

En efecto, en Sentencia del 29 de junio de 1993, Expediente No. 559, la Corporación, en Sala de Sección afirmó que, si bien es cierto, la pensión de jubilación es imprescriptible y por ello aun negada puede volverse a solicitar a la Administración en cualquier tiempo, el ejercicio de la acción contenciosa administrativa contra el acto que niega la referida pensión está sujeto al término de caducidad de 4 meses, previsto en el artículo 136 del C.C.A.. En este sentido, la expresión “en cualquier tiempo”, se refiere a los actos que reconozcan prestaciones periódicas no a los que niegan el derecho, que sí se rigen por lo dispuesto en el inciso segundo ibídem.

El pensamiento jurisprudencial anotado, volvió a reiterarse por la Sección Segunda del Consejo de Estado en decisión del 19 de diciembre de 199, expresando esta vez que cuando se trata de un acto que culminó una petición en interés particular, pero que no tiene el efecto positivo o afirmativo de haber reconocido al demandante el derecho a una prestación periódica, éste habrá de demandar dentro del plazo o término hábil establecido por la Ley para proponer las acciones contencioso administrativas.

Posteriormente, en providencia del 18 de julio de 199

, se reafirma la posición señalada, de tal manera que pareciera que el alcance establecido a la interpretación del numeral 2° del artículo 136 del C.C.A., es entendido jurisprudencialmente en un sentido uniforme, y por tanto de manera inexorable, los actos que niegan una prestación periódica aun tratándose de una prestación pensional, habrán de impugnarse dentro del término general de caducidad.

Ahora, el efecto útil de la distinción señalada por el Legislador para delimitar la excepción a la regla de caducidad en acciones de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, lleva a que si por alguna causa el actor recurre al control judicial de un acto que niega una prestación periódica de manera extemporánea, decretándose la caducidad, la opción no es otra que regresar de nuevo al agotamiento de la vía gubernativa, con el subsiguiente recorrido de la actuación judicial. Así lo señaló esta Corporación desde la Sentencia del 31 de julio de 199

, cuando afirmó que la demanda extemporánea de derechos pensionales no neutraliza la posibilidad de reclamar nuevamente el derecho, dada su naturaleza imprescriptible, en virtud de la cual, aun cuando se haya decretado la caducidad de la acción incoada, el interesado podrá nuevamente presentar su solicitud de pensión ante la Administración a fin de obtener un nuevo (sic) pronunciamiento al respecto, y si lo estima procedente, demandar dentro de los cuatro meses el acto que le niegue el derecho. Se reafirmó entonces la Sala en el pensamiento del Ministerio Público, en cuanto fijó la posición de que negada la prestación, se debía acudir a la justicia contra la decisión adversa dentro del término de caducidad, justamente porque se enjuicia un acto administrativo en ejercicio de una acción de efímera viabilidad. Explicó que fuera del

término de caducidad no es posible su enjuiciamiento pues “se trata de un fenómeno de procedimiento que opera por mandato de la ley, investida de los caracteres propios del orden público”; indicó además, que “no es que la norma instrumental desnaturalice el derecho sustancial al que sirve de soporte: es que para la efectividad de este, hay un procedimiento forzoso. Son cosas diferentes el derecho subjetivo y el mecanismo procesal para su efectiva protección: vitalicio es el uno, temporal el otro”.

De lo analizado, resulta en síntesis, la diferencia de trato en materia de caducidad entre la decisión que reconoce una prestación social periódica y la que la niega, y que consiste en que para esta última, el interesado debe reiniciar toda la actuación gubernativa bajo la perspectiva del acceso a la justicia, cuestión que en el fondo es de naturaleza estrictamente procesal y no responde a una garantía sustancial pues el objeto de debate en uno y otro caso es el mismo: UN DERECHO PRESTACIONAL, DE CARACTER IRRENUNCIABLE E IMPRESCRIPTIBLE.

Se evidencia entonces cómo la discriminación que aplica la caducidad al acto que niega el reconocimiento de una prestación periódica implica una razón susceptible de evaluar en el contexto del absurdo, por cuanto conduce a la repetición estéril de una conducta ya descrita tanto por la administración como por el usuario y desde luego por la administración de justicia, lo que por supuesto significa un desgaste que conspira en forma simultánea contra los derechos esenciales implicados en esta problemática, y respecto de la economía y eficiencia como principios seculares en la actividad de la Administración Pública y de la Administración de Justicia.

En lo puramente casuístico, la situación del proceso refleja que la actora agotó la vía gubernativa el 28 de noviembre del 2000, recibió fallo de primera instancia el 9 de agosto de 2007, y un año después se apresta a recibir fallo de segunda instancia, es decir, que por razones de operación judicial y administrativa ha perdido 8 años en definir la existencia o no de su derecho, y si tenemos en cuenta su edad, aproximadamente de setenta años, es probable que de acuerdo al promedio estándar de longevidad en el país, no alcance a enterarse de cuál es la decisión judicial que en últimas definirá su aspiración. Sin duda, tal circunstancia no es exclusiva de este proceso, sino que resulta un lugar común en las personas con derechos pensionales; evidentemente por razones legales, estos conflictos frente a asuntos pensionales ocurrirán con personas mayores de 60 años; emerge entonces con nitidez que la regulación establecida en el numeral 2° del artículo 136 del C.C.A., es precaria en su razonabilidad y que la pacífica jurisprudencia que la interpreta amerita por lo menos una nueva reflexión que la coloque a tono con los mandatos de la Constitución del año 1991 en cuanto estableció un Estado Social de Derecho, cuyo criterio de interpretación no es la intangibilidad de la Ley, sino precisamente, la intangibilidad y eficacia de los derechos, principiando por los derechos fundamentales sobre los que descansa la legitimidad misma del Estado.

Sobre este dilema, la Ley en el Estado Social de Derecho debe entenderse fundamentalmente sobre dos supuestos. El primero se ubica en su carácter general, que implica una abstracción sobre la cual se afirma la idea de determinación de su contenido; se trata pues de acciones o actividades típicas, definidas en forma abstracta a casos genéricos frente a casos individuales. El segundo supuesto, refiere a la razonabilidad de su aplicación, que consiste en la competencia del intérprete para que esa abstracción genérica, a la que por su propia naturaleza le resulta imposible regular la totalidad de los casos, pueda conducirse hacia su eficacia material de manera tal que la aplicación del precepto legal no niegue sino viabilice la vigencia del derecho. Ley y razonabilidad constituyen un binomio que afirma el ámbito de acción del juez, del que dimana la

competencia para que al expedir su sentencia -que es una regla jurídica de contenido concreto-, se realice la justicia.

Con este pensamiento, la premisa que la Sala sienta, se distancia de la interpretación que ha sostenido la Sección en las referencias jurisprudenciales anotadas homogéneamente en los últimos años; por consiguiente, la excepción de caducidad respecto de los actos que reconozcan prestaciones periódicas, se aplica indiscutiblemente también a los actos que las niegan, para lo cual se invocan además las siguientes razones:

1. La Corte Constitucional, en sentencia de exequibilidad frente al inciso tercero del artículo 136 del C.C.A., subrogado por el artículo 23 del Decreto Extraordinario 2304 de 198 y respecto de la acusación del precepto, en cuanto resultaba contrario a los derechos a la igualdad, al acceso a la Administración de Justicia, a la prevalencia del derecho sustancial y a los principios que rigen la actuación de la Administración Pública, reconoció en suma, que el tema no es materia de una decisión de inexequibilidad, por tratarse de una omisión constitucional frente a una competencia exclusiva del Legislador para regular la oportunidad en el ejercicio de las acciones judiciales, respecto de la cual, la Carta le brinda plena autonomía. Este mismo criterio, fue sostenido en la sentencia C- 477 de 200, cuando la Corte analizó el mismo texto de la norma pero bajo la denominación establecida en el artículo 44 de la Ley 446 de 1998, ordenando estarse a lo resuelto en las sentencias C- 108 de 1994 y C-1049-04, y pronunciándose de fondo frente a la norma acusada y la violación alegada por desconocimiento en su contenido del efecto vinculante del preámbulo de la Constitución. Afirmó el Tribunal Constitucional que la diferencia de trato en caducidad frente al acto que niega prestaciones periódicas, constituye un instrumento normativo que se orienta a fomentar el ejercicio de acciones legales dentro de plazos determinados y que ello es compatible con múltiples disposiciones constitucionales que se orientan a la promoción de la seguridad jurídica. En esa dimensión, concluyó que la aplicación del término de caducidad al acto que niega la prestación periódica “no es algo que contraría sino que afirma los fundamentos del Estado social de derecho, pues si esta fórmula legitima el poder político, por su sujeción a formas y contenidos jurídicos, una decisión como aquella, que sea coherente con tales formas y contenidos, contribuye a legitimar esa organización política”, razón por la cual declaró exequible el numeral 2° del artículo 136 del C.C.A. modificado por el artículo 44 de la Ley 446 de 1998, respecto del cargo analizado.

Pareciera que el Tribunal Constitucional esta vez, reiterara su tesis en sentido de que la discriminación que restringe la exención de caducidad en el debate sobre prestaciones periódicas respecto del acto negativo, es constitucional simplemente porque la opción elegida por el Legislador aparece como una potestad in situ de la misma organización política del Estado. Es evidente en consecuencia que no aborda ningún análisis material, y su criterio lo delimita al examen de competencias permitiendo entonces que sea el intérprete de la norma quien profundice sobre los contenidos de su aplicación; de ahí, esta Sala encuentra fundamento para examinar el alcance hermenéutico que facilite la aplicación del precepto procesal de modo que no estorbe sino que permita en condiciones de equidad la vigencia del derecho sustancial en discusión, que vale la pena reiterarlo, no es otro que el derecho a la seguridad social como garantía constitucional de los ciudadanos y con aplicación reforzada en personas de la tercera edad.

2. El artículo 48 de {{{}}{}la Constitución Política, habilita el carácter irrenunciable del derecho a la seguridad social, y en esa misma dimensión el artículo 46

ibidem, constitucionaliza el amparo prevalente frente a la protección y asistencia de las personas de la tercera edad. Estos dos preceptos constitucionales que suponen protección frente a situaciones de necesidad, resultarían completamente ineficaces a la interpretación consolidada que no exime de caducidad a los actos que niegan prestaciones periódicas, y teniendo en consideración que los mandatos constitucionales suponen principios para la protección de derechos fundamentales, es evidente para esta Sala que el alcance regulador del numeral 2 del artículo 136 del C.C.A., debe ser reinterpretado en el sentido de exonerar del término de caducidad a los actos que niegan prestaciones periódicas.

3. El análisis puramente lingüístico del precepto, ofrece una realidad que en la perspectiva interpretativa planteada facilita la posibilidad para indagar acerca de los significados del verbo “reconocer”, y las implicaciones que en este ámbito, de él puedan derivarse. Pues bien, la regulación de la actuación administrativa a que se refirió el Legislador, al señalar la exoneración de caducidad para los actos que reconozcan prestaciones periódicas, ciertamente no excluye que tal actividad administrativa es un contenido de un contexto más amplio, el que eficazmente se conecta con la actividad de decidir sobre peticiones orientadas al objeto del establecimiento de prestaciones periódicas; en otras palabras, el significado del verbo “reconocer” lo contiene la actividad de “decidir”, para precisar entonces que el sustrato de la actividad administrativa privilegiada de esta forma por el Legislador es justamente aquel que toca con la decisión relativa a un fenómeno de prestaciones sociales de carácter periódico, en suma se trata de una materialidad integrada por elementos en un todo idénticos entre sí, donde la distinción que creó el intérprete entre “reconocer” y “negar” no halla justificación lógica. Por ende, cabe agregar que la interpretación de la que nos separamos aun con esquema puramente formal, refleja una necesidad de unidad racional en la interpretación del derecho positivo.
4. Finalmente, cabe señalar que esta Corporación en providencia del 23 de mayo del 200—, subrayó cómo la Constitución Política consagra el principio de equidad como criterio auxiliar de la actividad judicial, por lo que debe tenerse en cuenta que la justicia es un valor supremo en esta delicada función y que existen en el Ordenamiento Jurídico disposiciones que habilitan al fallador para lograr la eficacia del derecho. Por mandato de nuestra Carta es imprescindible observar estos principios en las actuaciones judiciales, “(...) y se incurre en el pecado que señala el aforismo latino de “súmmum jus summa injuria” -derecho estricto injusticia suprema- que se suele utilizar para indicar que al juez no puede considerársele como un autómatas o esclavo de la norma escrita, por ley; debe entenderse el ordenamiento jurídico como un todo. Incluso, en los casos como el aquí examinado, la doctrina constitucional permite dejar de lado el texto de la ley para no proferir decisiones que contraríen el orden justo, valor este constitutivo de nuestro ordenamiento constitucional (...)”.

En suma, la relectura y alcance que en esta oportunidad fija la Sala al artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, en cuanto dispone que los actos que reconocen prestaciones periódicas pueden demandarse en cualquier tiempo, no apunta sólo a aquéllos que literalmente tienen ese carácter, sino que igualmente comprende a los que las niegan. Ello por cuanto de un lado, la norma no los excluye sino que el entendimiento en ese sentido ha sido el resultado de una interpretación restringida, y de otro, tratándose de actos que niegan el reconocimiento de prestaciones periódicas, tales como pensiones o reliquidación de las mismas, para sus titulares que son personas de la tercera edad, ello se traduce en reclamaciones y controversias que envuelven derechos fundamentales. No puede perderse de vista que la Carta Política garantiza la primacía de los derechos inalienables y éstos prevalecen sobre aspectos procesales. El derecho a

la pensión y su reliquidación es un bien imprescriptible e irrenunciable para sus titulares.

En el sub examine, al tiempo que como quedó expresado en párrafos anteriores, la demanda contra los actos impugnados fue presentada por fuera del término de caducidad -cuestión que extrañamente ignoró el Magistrado que admitió la demanda y la Sala que la decidió-, sin embargo bajo la motivación expuesta precedentemente, su extemporaneidad se torna en una inconsistencia inane, pues en cualquier caso, si no hay caducidad para los actos que reconocen prestaciones periódicas tampoco la habrá para aquellos que las niegan, fundamento que facilita el examen de fondo del asunto propuesto en esta instancia.

#### 4. EXAMEN DE FONDO.

Retomando el problema jurídico que propone el recurso, debe la Sala determinar si la señora María Araminta Muñoz de Luque reúne los requisitos para acceder a la sustitución de la asignación de retiro del señor José Joaquín Luque Guerrero.

Mediante los actos acusados, la Entidad demandada negó el derecho reclamado por la actora, al considerar que no existía una convivencia real y afectiva entre la pareja en tanto se encontraban separados desde hacía 8 años, tal como lo afirmó la peticionaria en el escrito radicado en procura de su derecho el 25 de abril del 2000, situación que a la luz del artículo 188 del Decreto 1211 de 1990, la excluía del beneficio sustitutivo.

El asunto enmarcado impone entonces el examen de las normas aplicables al caso concreto. La Sala debe precisar en primer lugar, que las normas que gobiernan la sustitución pensional debatida son las vigentes al momento del deceso del causante, esto es, a 28 de marzo del 2000 según da cuenta el certificado de defunción visible a folio 2 del expediente, pues es éste el momento a partir del cual nace el derecho para los beneficiarios del pensionado, tal como lo ha sostenido esta Subsección en diferentes oportunidad.

.

Deben aplicarse entonces al presente caso las normas especiales que regulan el sistema pensional y el régimen de sustitución de los miembros y pensionados de las Fuerzas Militares, por expresa disposición del artículo 279 de la Ley 100 de 199

, el cual los excluyó, entre otros, de su ámbito de regulación en aras de salvaguardar los beneficios contenidos en el particular sistema.

El Decreto Ley 1211 de 1990, por medio del cual se reformó el Estatuto del Personal Oficial y Suboficial de las Fuerzas Militares, fue el ordenamiento aplicado al caso concreto por la Administración y por el a quo para negar el derecho; éste en principio reguló en su artículo 195 el régimen de sustitución pensional por muerte de un Oficial o Suboficial en goce de asignación de retiro, como también, en el artículo 188, la extinción del derecho para sus beneficiarios. Al respecto prescribió:

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

PARAGRAFO. 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.(...)”

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

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

Define la norma, el derecho del cónyuge a la sustitución pensional del Oficial o Suboficial fallecido en porcentaje equivalente a la totalidad de la prestación percibida en vida por éste, sin embargo, precisa la inexistencia del derecho sustitutivo a favor del cónyuge en dos eventos: la separación legal y definitiva de cuerpos, o la ausencia de vida en común con el causante al momento de su muerte, frente a lo cual prevé como excepción aquellas situaciones de fuerza mayor o caso fortuito, que una vez comprobadas habilitarían el otorgamiento del derecho al cónyuge supérstite.

Las disposiciones anteriormente analizadas constituyeron el fundamento de la negativa de la Administración frente al derecho de la actora y a su vez la defensa de la Entidad dentro del trámite procesal acaecido, en donde ésta se reafirmó en la pérdida del beneficio pensional de la demandante por mediar el hecho de la separación legal con el pensionado; sin embargo, debe precisarse que éstas fueron modificadas posteriormente por el artículo 9° de la Ley 447 de 1998, vigente a partir del 23 de julio del mismo año, por lo cual su contenido quedó ciertamente definido en los siguientes términos:

“ARTICULO 9o. Modifícase el inciso 2o. del artículo 188 del Decreto legislativo número 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 número 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 (sic), 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.(...)”

Así, es a la luz de la regla jurídica modificada, que habrá de examinarse el derecho de la actora, por cuanto constituye la norma especial vigente al momento del deceso del causante.

La modificación introducida, precisa entonces que el cónyuge sobreviviente no tendrá derecho a la pensión del ex militar fallecido, cuando al momento de su muerte exista separación judicial o extrajudicial de cuerpos o no hubiere vida en común con él, salvo aquellos casos en que la separación legal o de hecho se haya causado sin culpa del cónyuge supérstite.

Si bien dicha norma constituye un rezago del antiguo régimen de sustitución pensional existente con anterioridad a la Constitución Política de 1991, en tanto no reconoce las diversas situaciones que se dan frente a los compañeros permanentes, ésta disposición de una u otra forma da prevalencia a las situaciones de hecho que subsisten entre los cónyuges para definir así el derecho sustitutivo de los mismos, permitiendo aun revisar la causa de la separación, a fin de amparar el derecho en aquellos casos en que no le fuere imputable al cónyuge supérstite.

El precepto anotado debe interpretarse de acuerdo a la finalidad misma de la garantía constitucional de acceso a la seguridad social que informa esta prestación y a los criterios generales de otorgamiento del beneficio sustitutivo, en tanto a partir de la Constitución de 1991, con base en la protección especial de que goza la familia constituida en sus diversas formas (artículo 42), más que definir este derecho en virtud del vínculo jurídico existente entre la pareja, el Legislador ha observado un criterio material que se circunscribe a la existencia real de un núcleo familiar establecido, privilegiando aquellas circunstancias de hecho que en efecto suponen su conformación o consolidación a la hora de definir su otorgamiento, en aras de solventar la finalidad para la cual se creó dicha modalidad de previsión social.

Así, tratándose de una prestación de previsión, la sustitución pensional busca entonces garantizar a los sobrevivientes, en este caso al cónyuge supérstite, la disposición de unos recursos para su digno sostenimiento en forma tal que el deceso del pensionado no signifique una ruptura que afecte la subsistencia del núcleo familiar más próximo del causante, pues es éste el que sufre las consecuencias tanto económicas como afectivas de su fallecimiento; de manera pues, que la finalidad de la pensión sustitutiva responde a la necesidad de mantener para sus beneficiarios, al menos el mismo grado de seguridad social y económica con que contaban en vida del fallecido, derecho que al desconocerse puede significar la reducción de los mismos a un estado total de desprotección y desamparo, e incluso la afectación de sus derechos fundamentales.

De acuerdo con lo anterior, se concluye que a la hora de definir el otorgamiento de una sustitución pensional, debe apelarse más que a las circunstancias formales o al vínculo jurídico existente con el causante, a aquellas situaciones de hecho que desentrañan la existencia real del núcleo familiar del pensionado fallecido, pues es a quienes lo conforman materialmente (cónyuge, compañero(a) permanente, hijos con derecho, padres y hermanos en el orden de beneficiarios correspondiente), a quienes se encuentra dirigida la prestación de sustitución pensional prevista por el Legislador.

Para el caso concreto, se presentó como única beneficiaria la señora María Araminta Muñoz de Luque, en calidad de cónyuge supérstite del pensionado fallecido.

En efecto, se encuentra demostrado en el plenario que contrajo matrimonio católico con el señor José Joaquín Luque Guerrero el 27 de marzo de 1958, de acuerdo con el Registro Civil de

Matrimonio que aparece a folio 3 del expediente. Asimismo, aparece allí la anotación de la separación de cuerpos decretada el 6 de julio de 1992 por el Juzgado 13 de familia de Bogotá y en seguida, el registro de la sentencia de divorcio proferida el 4 de diciembre de 1997 por el Juzgado 12 de familia del mismo circuito judicial.

Al respecto, afirma la actora que aun cuando existió separación de cuerpos y posteriormente divorcio entre la pareja, ello obedeció a la decisión unilateral de su esposo de separarse, situación que se originó en la enfermedad diabética degenerativa que éste padecía y que en los últimos años se acrecentó causándole trastornos emocionales e impotencia, fenómeno que motivó tal decisión, frente a la cual ella no tuvo otra alternativa más que aceptar para no contrariarlo en su delicado estado de salud; sin embargo, manifiesta que en ningún momento existió separación real pues ella continuó viendo por él, pendiente de su cuidado, alimentación y vestido durante toda la enfermedad y hasta el momento de su muerte.

Para corroborar su dicho, la demandante aportó, aun desde la actuación administrativa las siguientes pruebas a fin de demostrar la legitimidad del derecho reclamado:

Certificado de defunción del señor José Joaquín Luque Guerrero (fl. 2), en donde aparece registrada como cónyuge del fallecido.

Registros Civiles de Nacimiento de los tres hijos concebidos dentro del matrimonio: Rubby Cecilia, William José y María Luque Muñoz (fl. 4 a 6).

Formularios de Afiliación al Subsistema de Salud de las Fuerzas Militares, suscrito y firmado por el causante, en donde reporta a la señora María Araminta Muñoz de Luque como su esposa y única beneficiaria (fl. 18).

Declaración Extraproceso suscrita por el señor José Joaquín Luque Guerrero el 18 de noviembre de 1999 ante la Notaría 63 del Círculo de Bogotá (fls. 16 y 75), en donde manifiesta bajo la gravedad de juramento que se encuentra casado con la señora María Araminta Muñoz de Luque, y que ésta depende económicamente de él.

Registros fotográficos familiares (26), en donde se encuentra la pareja Luque Muñoz, compartiendo en diferentes etapas de su vida, incluso en edad avanzada (fls. 19 a 27).

Carné de Servicios de Salud del Sargento Primero ® José Joaquín Luque Guerrero y de la señora María Araminta Muñoz de Luque en calidad de beneficiaria del primero (fl. 30).

Formulario de Declaración de Estado de Salud, suscrito y presentado por el señor José Joaquín Luque Guerrero ante la Dirección General de Sanidad Militar, en donde reseña que padece de Hipertensión y Diabetes II (fl. 73).

Certificación expedida por el Ortopedista Edgar Fernando Henao Riveros, Médico del Hospital Militar Central, en la cual manifiesta que la señora Araminta Muñoz de Luque estuvo con el señor José Luque Guerrero en la cirugía que se le practicó el 20 de diciembre de 1999 y en sus respectivos controles de post operatorio, como la persona que respondía por él (fl. 32).

Certificación expedida por el Médico Ginecólogo Gonzalo Pérez, en donde hace constar que la señora María Araminta Muñoz, asistió en compañía de su esposo José Joaquín Luque a consulta médica el día 27 de marzo del 2000, para retiro de puntos luego de intervención quirúrgica (fl. 31).

Certificación expedida por la Fundación Cardio-Infantil, suscrita por el Médico Cardiólogo Alfonso Muñoz, Jefe de la Unidad de Cuidados Intensivos, en donde manifiesta que el señor José Joaquín Luque Guerrero ingresó a la Institución el 28 de marzo del 2000 con un infarto agudo de miocardio, por lo cual requirió una cirugía que terminó en su fallecimiento. Certifica que durante el periodo de hospitalización se encontraba acompañado por su cónyuge la señora Araminta Muñoz y que incluso fue ella quien firmó el consentimiento para la cirugía practicada (fl. 28).

Acta de consentimiento para procedimiento anestésico general del paciente José Joaquín Luque, firmada por la señora María Araminta Muñoz de Luque y por el Médico Anestesiólogo el 28 de marzo del 2000 (fl. 29).

Contrato No. 1071313 mediante el cual la señora María Araminta Muñoz de Luque adquiere un lote en Jardines del Recuerdo de Bogotá S.A. el 28 de marzo del año 2000 (fl. 76).

Certificación de la Organización Jardines del Recuerdo de Bogotá S.A., en donde consta que el lote adquirido por María Araminta Muñoz de Luque, fue ocupado por el fallecido José Joaquín Luque.

La demandante pretende demostrar con las pruebas anteriormente relacionadas: i) que el divorcio se dio por causas ajenas a su voluntad, es decir, sin su culpa y ii) que nunca existió de hecho la separación de la pareja pues aun cuando no convivían juntos subsistían todos los deberes conyugales; supuestos de hecho, que considera la habilitan para constituirse en beneficiaria de la sustitución pensional del causante.

Para la Sala, el análisis del conjunto probatorio arroja la existencia del derecho de la demandante a acceder a la sustitución de la pensión del señor José Joaquín Luque Guerrero.

En efecto, aun cuando existió divorcio entre la pareja -hecho que en ningún momento es negado por la demandante-, se encuentra probada la subsistencia de la relación afectiva misma y de todos los deberes y obligaciones que se derivan de la unión matrimonial extinta “formalmente” entre los cónyuges, prueba de ello son las diferentes certificaciones médicas que aluden el acompañamiento mutuo de la pareja en los momentos hostiles de enfermedad, éstas reflejan para la Sala el compromiso, apoyo mutuo, cuidado y protección que concretan y definen la existencia de una relación de pareja y el vínculo afectivo real entre el causante y la peticionaria.

Ahora, el mismo causante en diferentes oportunidades posteriores al divorcio, declaró ante autoridades públicas la existencia de un vínculo con la señora María Araminta Muñoz de Luque como se comprueba con los diferentes formularios allegados al expediente por la Entidad demandada y la Declaración Extrajuicio aportada, en donde aun señaló que ésta dependía económicamente de él, manifestación que coincide con lo afirmado por ésta cuando expresó en su demanda que no posee otro medio de subsistencia. Asimismo, se observa que el causante la suscribió como única beneficiaria del servicio de salud ante la Dirección General de Sanidad Militar tal como aparece en el formulario de afiliación al Subsistema de Salud de las Fuerzas Militares, lo cual se ratifica con los carnets aportados, en donde aparece el señor José Joaquín Luque Guerrero como afiliado y la demandante como beneficiaria del mismo.

No puede desconocerse además, el hecho de que al momento de la muerte del señor José Joaquín Luque Guerrero, quien lo acompañaba era la señora María Araminta Muñoz, quien incluso autorizó la intervención quirúrgica que con ocasión del infarto intempestivo sufrido debía practicársele, de donde se infiere con toda claridad que en efecto se mantuvo de hecho la unión marital entre la pareja, pues de otra forma no puede explicarse que justo en ese momento, la

demandante fuera la única persona que lo hubiese asistido, haciéndose cargo de la hospitalización y responsabilizándose aun por el procedimiento que debía proveérsele de emergencia.

Se encuentra probado además, que la demandante un día después del fallecimiento del causante, adquirió y costó el lote de terreno en Jardines del Recuerdo, en donde posteriormente fue sepultado el señor Luque Guerrero, lo que en suma pone de manifiesto el compromiso afectivo y el cumplimiento de los deberes de pareja por parte de la actora.

Lo anterior, aunado al hecho de la no comparecencia en sede administrativa ni judicial de persona alguna que en calidad de compañera permanente reclame la sustitución del demandante, confirma que en efecto, la demandante era la pareja del causante al momento de su muerte.

Ahora, si bien media la falta de convivencia de la pareja bajo un mismo techo -circunstancia que pone de manifiesto la entidad demandada para reclamar la negativa del derecho-, la demandante afirma que tal situación obedeció a la enfermedad diabética degenerativa que padecía su esposo, hecho que se encuentra probado con la declaración que éste presentó ante la Dirección General de Sanidad Militar, en donde reseña que sufre de Hipertensión y Diabetes II (fl. 73).

No obstante, debe precisar la Sala que tal situación no constituiría óbice para que la demandante acceda al derecho sustitutivo, pues en casos como este, en los cuales a una edad avanzada opera la separación de cuerpos y el correspondiente divorcio (63 años el causante y 58 la demandante), tal aspecto carece de relevancia cuando concurren otros elementos que comprueban fehacientemente la existencia de la relación afectiva y la subsistencia pese a la disolución del vínculo jurídico, de los deberes y obligaciones derivadas de la unión matrimonial.

Así las cosas y en armonía con la finalidad de la sustitución pensional expuesta inicialmente, se encuentra probado que pese a la separación de cuerpos y el divorcio de la pareja, el vínculo afectivo y moral entre la pareja subsistió con todos los deberes y obligaciones derivados del mismo, de manera que desconocer las circunstancias de hecho que rodean el caso para ligarse netamente a la disolución formal del vínculo matrimonial existente entre la pareja, constituiría una negación injusta del derecho de la actora y el desconocimiento mismo de la finalidad de previsión establecida por el Legislador para la sustitución pensional.

Por lo anterior, la Sala revocará la decisión del a quo y en su lugar declarará la nulidad de los actos acusados con el consecuente restablecimiento del derecho, consistente en el reconocimiento de la sustitución pensional a favor de la demandante, correspondiente al 100% de la asignación de retiro devengada por el señor José Joaquín Luque Guerrero, con efectos fiscales a partir de la fecha de su fallecimiento -28 de marzo de 2000-, lo anterior por cuanto la solicitud de sustitución fue elevada ante la Administración el 25 de abril del mismo año, de manera que no media en este caso prescripción alguna de las mesadas causadas.

La sustitución pensional que se reconoce tendrá los reajustes de Ley. Asimismo, al monto de la condena que resulte se aplicarán los ajustes de valor mes por mes, en los términos del artículo 178 del Código Contencioso Administrativo, acudiendo para ello a la siguiente fórmula:

$R = Rh \frac{\text{índice final}}{\text{índice inicial}}$

En donde el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es lo

dejado de percibir por la actora desde la fecha de fallecimiento del pensionado, por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE vigente a la fecha de ejecutoria de esta sentencia, por el índice inicial vigente para la fecha en que debió hacerse el pago.

Por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará separadamente, mes por mes, para cada mesada pensional comenzando por la primera mesada pensional que se dejó de devengar y para las demás mesadas teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada una de ellas. Los intereses se reconocerán en los términos previstos en el artículo 177 del C.C.A., adicionado por el artículo 60 de la Ley 446 de 1998.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “A”, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley.

F A L L A

REVÓCASE la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 9 de agosto de 2007 que negó las súplicas de la demanda instaurada por la señora María Araminta Muñoz de Luque contra la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares.

En su lugar, se DISPONE:

1°. DECLÁRASE LA NULIDAD de las Resoluciones Nos. 3348 del 20 de septiembre del 2000 y 4284 del 28 de noviembre del mismo año, proferidas por el Director de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, por medio de las cuales se negó la sustitución pensional a la señora María Araminta Muñoz de Luque, por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

2°. Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, ORDÉNASE a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares reconocer y pagar a la señora María Araminta Muñoz de Luque la sustitución del 100% de la pensión devengada por el Sargento Primero ® José Joaquín Luque Guerrero, en forma vitalicia y con los reajustes respectivos, a partir del 28 de marzo del 2000, fecha de fallecimiento del causante.

3°. Las sumas a que resulte condenada la entidad demandada se actualizarán, aplicando para ello la fórmula indicada en la parte motiva de esta sentencia.

4°. Se dará cumplimiento a esta sentencia en los términos y condiciones establecidos en los artículos 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo.

En firme esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE.

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

GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN      ALFONSO VARGAS RINCÓN

LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO



Disposiciones analizadas por Avance Jurídico Casa Editorial Ltda.  
Normograma de la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones  
ISSN 2256-1633  
Última actualización: 31 de agosto de 2019

