

Cartagena de Indias D. T y C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintidós (2022).

I.- IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO, RADICACIÓN Y PARTES INTERVINIENTES

Medio de control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicado	13-001-23-33-000-2017-00626-00
Demandante	KEYNI UPEGUI RADA
Demandado	NACIÓN, MINISTERIO DE DEFENSA, CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES – CREMIL
Tema	<i>Se reconoce la sustitución de asignación de retiro a compañera permanente, por encontrar demostrada la convivencia real y efectiva dentro de los 5 años inmediatamente anteriores al fallecimiento del causante</i>
Magistrado Ponente	MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ

II.- PRONUNCIAMIENTO

La Sala No. 004 de Decisión de esta Corporación, profiere sentencia de primera instancia dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, instaurado por KEYNI UPEGUI RADA, contra la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES – CREMIL.

III.- ANTECEDENTES

3.1. LA DEMANDA¹.

3.1.1. Pretensiones².

La parte demandante elevó las siguientes pretensiones:

- 1- Que se declare la nulidad de las Resoluciones No. 2766 del 29 de septiembre de 2009 y No. 3827 del 30 de diciembre de 2009, expedidas por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares – CREMIL, mediante las cuales se negó a la demandante el derecho a la sustitución pensional de su compañero permanente.
- 2- Como consecuencia de las declaraciones anteriores, y a título de restablecimiento, se reconozca a favor de la señora Keyni Upegui Rada, el derecho a la sustitución pensional del señor Cesar Augusto Gutiérrez Mendoza, y se ordene a la entidad demandada al pago de las mesadas pensionales, primas, reajustes y demás emolumentos dejados de percibir

¹ Fols. 1 – 5, subsanación 32 – 49 Cdno 1.

² Fols. 3 y 38 Cdno 1.

durante los tres años anteriores a la presentación de esta demanda, y hasta cuando esta sea incluida en nómina para su pago.

- 3- Que se ordene el pago de la sentencia según el artículo 176 del CCA, así como el pago de los intereses comerciales y moratorios establecidos en el artículo 177 del CCA, y que dicha condena sea actualizada de conformidad con el artículo 178 del CCA, desde la fecha de desvinculación hasta la fecha de ejecutoria de la sentencia que se profiera.

3.1.2 Hechos³.

La parte actora, como soporte de sus pretensiones, expuso los argumentos fácticos que se han de sintetizar así:

Relató que, el señor Cesar Augusto Gutiérrez González perteneció a la Armada Nacional hasta el rango de capitán de fragata, acreditando un tiempo de servicios de 23 años, 5 meses y 28 días, razón por la cual le fue reconocida asignación de retiro a cargo de CREMIL, mediante Resolución No. 403 del 13 de mayo de 1980, habiendo fallecido el 09 de marzo de 2008.

Indicó que, mantuvo una unión marital de hecho con el causante desde el año 1999, hasta la fecha de su muerte, es decir, por un periodo de nueve (9) años, relación de la cual nació el señor Cesar Augusto Gutiérrez Upegui, el 20 de agosto de 1999.

Señaló que, CREMIL mediante Resolución No. 2052 del 27 de agosto de 2008, reconoció sustitución pensional a favor de su hijo menor, Cesar Gutiérrez Upegui, a partir del 08 de marzo de 2008.

Manifestó que, el 21 de agosto de 2014, presentó solicitud de sustitución pensional ante CREMIL. con el objeto de obtener dicho reconocimiento a su favor, dada su condición de compañera permanente del finado. A través de comunicación del 09 de septiembre de 2014, la entidad le informó que su petición había sido resuelta por medio de la Resolución No. 2766 del 29 de septiembre de 2009, en la cual se negó el derecho, por considerar que no existían elementos de juicio suficientes para determinar la convivencia entre la solicitante y el causante, hasta el momento de su fallecimiento, así como la relación de afecto y ayuda mutua.

Precisó que, frente a la decisión anterior, se interpuso el recurso de reposición, el cual fue resuelto de manera negativa mediante Resolución No. 3827 del 30 de diciembre de 2009, que confirmó la Resolución No. 2766 del 29 de

³ Fols. 1 – 3 y 34 – 37 Cdno 1.

septiembre de la misma anualidad, quedando ejecutoriada esta última el 18 de febrero de 2010.

Aunado a lo anterior, expresó que, la unión marital de hecho fue reconocida legalmente desde el 28 de junio de 1999 hasta la fecha de muerte del causante, mediante sentencia del 27 de abril de 2016, proferida dentro del proceso con radicado No. 13001311000620150050700, la cual quedó debidamente ejecutoriada, y fue protocolizada en escritura pública No. 1461 del 07 de junio de 2016.

Finalmente, declaró que, el señor Cesar Gutiérrez González, antes de establecer su unión marital de hecho, estuvo casado con la señora Estella Mendoza de Gutiérrez, quien falleció el 11 de febrero de 2005.

3.1.3. Normas violadas y concepto de la violación⁴.

Se citaron como normas violadas con la expedición de los actos administrativos acusados, los artículos 1, 2, 4, 6, 13, 29, 42, 43, 48, y 83 de la Constitución Política; el literal a del artículo 47 y los artículos 7, 8, 10 y 11 del Decreto 1889 de 1994.

El concepto de la infracción, se fundamentó en el desconocimiento a la protección de la mujer como miembro de la familia, el derecho a la igualdad ante la Ley, y la violación al debido proceso, pues a juicio de la demandante, la entidad no valoró en debida forma las pruebas aportadas, sino que le exigió unas probanzas como si se tratara de una tarifa legal, restándole validez a la a las declaraciones extrajuicio que se han admitido en casos similares.

Expresó que, la entidad no podía negar el derecho a la sustitución pensional como quiera que se encontraba probada la unión marital de hecho entre la señora Keyni Upegui Rada y el señor Cesar Gutiérrez González, así como los demás requisitos establecidos el en literal a del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, pues ello quebranta lo dispuesto en el artículo 1 del Decreto 1889 de 1994, según el cual la pensión se distribuye en un 50% para la compañera permanente y el otro 50% para el hijo del finado, y como quiera que la unión marital de hecho fue reconocida judicialmente, se le ha de reconocer a su favor el 100% del valor de la pensión, una vez que su hijo cumpla los 25 años de edad. Además, se vulnera el artículo 11 ibidem, que determina que la calidad de compañero permanente se puede acreditar por cualquier medio probatorio, siendo el más idóneo la sentencia judicial que declaró la

⁴ Fols 39 – 41 cdno 1.

existencia de la unión marital de hecho, habiendo lugar a reconocer el derecho discutido.

3.2 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA⁵.

La entidad demandada, CREMIL, se opuso a todas las pretensiones formuladas en la demanda, por estimar que de conformidad con el parágrafo 2 del artículo 11 del Decreto 4433 de 2004, que fija el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública, se tiene que, el derecho a la sustitución pensional le asiste a la compañera permanente, cuando esta haya acreditado convivencia con el causante por lo menos cinco años continuos inmediatamente anteriores a su muerte; supuesto que en el presente asunto no está demostrado, pues de los documentos obrantes en el expediente administrativo del militar, no se extraen elementos que den certeza del cumplimiento de dicho requisito, por lo que resultó procedente negar el derecho solicitado.

Lo anterior, a su juicio, conduce a afirmar que los actos expedidos estuvieron ajustados a derecho, motivo por el cual no se desvirtúa la presunción de su legalidad, encontrándose que las actuaciones adelantadas por CREMIL, se realizaron con plena observancia de las normas aplicables, por lo que no se configura la causal de nulidad de falsa motivación.

De igual manera, propuso como excepciones la caducidad de la acción y la prescripción del derecho.

Por último, se refirió a la condena en costas, indicado que su imposición estaba supeditada a un estudio objetivo de su causación y comprobación, sin atención a la mala fe o temeridad de las partes, no obstante, señaló que el juez debía considerar que dentro del asunto, la entidad contestó la demanda, asistió a la audiencia inicial y no realizó actos dilatorios que perturbaran el curso del proceso.

3.3 ACTUACIÓN PROCESAL⁶.

La demanda en comento, fue presentada el 27 de octubre de 2016⁷, siendo inicialmente repartida al Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cartagena, en la misma fecha⁸, quien mediante providencia del 17 de noviembre de 2016⁹, declaró la falta de jurisdicción y competencia, ordenando remitir el expediente a los Juzgados Administrativos de esta ciudad.

⁵ Fols. 80 – 88 cdno 1.

⁶ Fols. 276 reverso – 277 cdno 1.

⁷ Fol. 1 cdno 1.

⁸ Fol. 27 cdno 1.

⁹ Fol. 28 cdno 1.

Seguidamente, el 24 de enero de 2017, el asunto fue asignado al Juzgado Sexto Administrativo de Cartagena¹⁰, quien en auto del 05 de junio de 2017¹¹, ordenó remitir la demanda al Tribunal Administrativo de Bolívar por competencia en razón de la cuantía.

Finalmente, el proceso correspondió al Despacho 006 de este Tribunal, por acta individual de reparto del 04 de julio de 2017¹². En una primera oportunidad, mediante proveído del 19 de febrero de 2018¹³, se dispuso la inadmisión de la demanda, y seguidamente por auto del 24 de julio de 2018¹⁴, se ordenó su admisión y se corrió traslado de la misma. Dicha decisión fue notificada personalmente a la Nación – Ministerio de Defensa Nacional, CREMIL, a la Agencia de Defensa Jurídica del Estado, y al Ministerio Público, a través de los buzones electrónicos respectivos, el 22 de noviembre de 2018¹⁵.

El 22 de enero de 2019, fue presentada la contestación de la demanda por parte de CREMIL¹⁶, respecto de la cual se corrió traslado por el término de 3 días, desde el 14 al 18 de marzo de 2019¹⁷, siendo descorrido dicho traslado por la parte demandante, por escrito recibido el 15 de marzo de 2019¹⁸.

De manera posterior, se convocó a las partes para llevar a cabo la audiencia inicial, mediante auto del 23 de mayo de 2019¹⁹. La misma fue celebrada en la fecha y hora establecida, esto es, el 13 de junio del mismo año²⁰.

Finalmente, por auto del 12 de abril de 2021²¹, se prescindió de la audiencia de pruebas y se ordenó correr traslado para alegar de conclusión.

3.5 ALEGATOS DE CONCLUSIÓN.

3.5.1 Demandante²²: presentó alegatos de conclusión, ratificándose en los motivos señalados en la demanda. De igual forma, sostuvo que con las declaraciones extrajudiciales allegadas al proceso, se demostraba la convivencia entre ella y el causante, durante 9 años y hasta el día de su

¹⁰ Fol. 29 cdno 1.

¹¹ Fol. 55 cdno 1. Se hace constar que previamente mediante auto del 15 de febrero de 2017 la demanda fue inadmitida, tal como se avizora a fol. 30 cdno 1.

¹² Fol. 59 cdno 1.

¹³ Fol. 64 cdno 1.

¹⁴ Fol. 72 cdno 1.

¹⁵ Fol. 79 cdno 1.

¹⁶ Según anotación en el sistema de registro consulta de procesos nacional unificada, fols. 80 – 88 cdno 1.

¹⁷ Fol. 264 cdno 2.

¹⁸ Fols. 265 – 270 cdno 2.

¹⁹ Fol. 272 cdno 2.

²⁰ Fols. 276 – 282 cdno 2.

²¹ Fol. 319 cdno 2.

²² Fols. 326 – 329 cdno 2.

muerte. Circunstancia que se evidencia en sentencia del 27 de abril de 2016, proferida por el Juez Sexto de familia de Cartagena, quien reconoció la unión marital de hecho entre el causante y la demandante, desde el 28 de junio de 1999 hasta el día de su deceso.

3.5.2 CREMIL²³ aportó al proceso escrito de alegatos dentro del término concedido, no obstante, se observa que la Dra. Sandra Carmona Meza, quien pretende actuar en nombre y representación de la demandada, no demostró ostentar derecho de postulación para el efecto.

3.5.3 El Ministerio Público no rindió el concepto de su competencia.

IV.- CONTROL DE LEGALIDAD

Tramitada la primera instancia y dado que, no se observa causal de nulidad, impedimento o irregularidad que pueda invalidar lo actuado, se procede a decidir la controversia suscitada entre las partes, previas las siguientes,

V.- CONSIDERACIONES

5.1. Competencia.

Es competente esta Corporación para conocer el presente proceso en primera instancia, por disposición del artículo 152 numeral 2 de la Ley 1437 de 2011.

5.2 Problema jurídico

De conformidad con los argumentos expuestos en la demanda, y en el escrito de contestación, corresponde a esta Sala establecer si:

¿Se encuentra probado que la señora Keyni Upegui Rada cumple con los requisitos legales para acceder a la sustitución de la asignación de retiro del fallecido Cesar Gutiérrez González, en calidad de compañera permanente, especialmente en lo que respecta al presupuesto de convivencia efectiva con el causante, durante los últimos 5 años anteriores a su muerte, conforme a los lineamientos del artículo 11 del Decreto 4433 de 2004, o si por el contrario, no hay lugar a reconocer dicho derecho?

²³ Fols. 323 – 324 cdno 2.

5.3 Tesis de la Sala

Esta Sala de decisión CONCEDERÁ las pretensiones de la demanda, declarando la nulidad de los actos enjuiciados, y en su lugar, ordenará el reconocimiento y pago de la sustitución de la asignación mensual de retiro en favor de la demandante, por encontrar probada su condición de compañera permanente, así como la convivencia real y efectiva por lo menos durante los cinco (5) años inmediatamente anteriores a su deceso, cumpliendo, por lo tanto, con los requisitos dispuestos en el artículo 11 del Decreto 4433 de 2004, para efectos de acceder al beneficio prestacional de sustitución pensional.

5.4 MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

5.4.1. Del régimen de sustitución de la asignación de retiro del personal de las fuerzas militares.

El artículo 48 de la Constitución Política, consagra que la seguridad social es un servicio público obligatorio que se presta bajo la dirección, coordinación y control del Estado, con observancia de los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la ley.

En ese sentido, la pensión de sustitución se erige como una garantía frente a las contingencias que se derivan de la muerte de un familiar, pues la norma prevé que ante el fallecimiento de un pensionado que sufragaba los gastos de su grupo familiar, la ausencia repentina del apoyo económico que brindaba el causante, se supla con un reconocimiento prestacional a sus parientes más cercanos para prevenir que además de la pérdida emocional y física se genere una inestabilidad económica que altere aún más las condiciones mínimas de subsistencia de quienes en vida se beneficiaban o dependían de sus ingresos.

La Ley 100 de 1993, permitió la creación de regímenes especiales en materia de seguridad social para atender las condiciones exclusivas de los vinculados. En lo concerniente al régimen de las fuerzas militares, el derecho a la asignación de retiro y la posibilidad de que la cónyuge o compañera permanente se sustituya en estos, este Tribunal encuentra que, el Decreto 4433 de 2004²⁴, dispuso lo siguiente:

“Artículo 40. *Sustitución de la asignación de retiro o de la pensión. A la muerte de un Oficial, Suboficial, alumno de la escuela de formación o Soldado de las Fuerzas Militares, Oficial, Suboficial, miembro del Nivel Ejecutivo, Agente o alumno de la escuela de formación de la Policía Nacional, en goce de asignación de retiro o*

²⁴ Por medio del cual se fija el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública

pensión, sus beneficiarios en el orden y proporción establecidos en el artículo 11 del presente decreto, tendrán derecho a una pensión mensual que será pagada por la entidad correspondiente, equivalente a la totalidad de la asignación o pensión que venía disfrutando el causante.

En el artículo 11 del Decreto en mención se indica el orden de beneficiarios y la proporción a la que pueden tener derecho, así:

“Artículo 11. Orden de beneficiarios de pensiones por muerte en servicio activo.

Las pensiones causadas por la muerte del personal de Oficiales, Suboficiales y Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares, Oficiales, Suboficiales, miembros del Nivel Ejecutivo y Agentes de la Policía Nacional, y Alumnos de las escuelas de formación, en servicio activo, serán reconocidas y pagadas en el siguiente orden:

11.1 La mitad al cónyuge o compañero (a) permanente sobreviviente y la otra mitad a los hijos menores de 18 años e hijos estudiantes mayores de 18 años y hasta los 25 años si dependían económicamente del causante al momento de su muerte, siempre y cuando acrediten debidamente su condición de estudiantes y a los hijos inválidos si dependían económicamente del causante.

11.2 Si no hubiere cónyuge o compañero (a) permanente sobreviviente, la pensión corresponderá íntegramente a los hijos menores de 18 años e hijos estudiantes mayores de 18 años y hasta los 25 años, siempre y cuando acrediten debidamente su condición de estudiantes y a los hijos inválidos, si dependían económicamente del causante.

11.3 Si no hubiere hijos, la pensión corresponderá la mitad al cónyuge o compañero (a) permanente sobreviviente, y la otra mitad en partes iguales, para los padres que dependían económicamente del causante.

11.4 Si no hubiere cónyuge o compañero (a) permanente sobreviviente, ni hijos, la prestación se dividirá entre los padres, siempre y cuando dependieran económicamente del causante.

11.5 Si no hubiere cónyuge o compañero (a) permanente sobreviviente, ni hijos, ni padres, la pensión le corresponderá previa comprobación de que el causante era su único sostén, a los hermanos menores de dieciocho (18) años o inválidos.

La porción del cónyuge acrecerá a la de los hijos y la de estos entre sí y a la del cónyuge, y la de los padres entre si y a la del cónyuge. En los demás casos no habrá lugar a acrecimiento.

PARÁGRAFO 1º. Para efectos de este artículo el vínculo entre padres, hijos y hermanos será el establecido en el Código Civil, y la calificación de la invalidez de los beneficiarios, será acreditada con fundamento en las normas del Sistema de Seguridad Social Integral que regulan lo concerniente a la determinación de dicho estado.

Parágrafo 2º. Para efectos de la sustitución de la asignación de retiro o de la pensión de invalidez, cuando exista cónyuge y compañero o compañera permanente, se aplicarán las siguientes reglas:

- a) En forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente o supérstite. En caso de que la sustitución de la asignación de retiro o pensión de invalidez se cause por muerte del pensionado, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite, deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y haya convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos inmediatamente anteriores a su muerte;
- b) *En forma temporal, el cónyuge o la compañera permanente supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga menos de treinta (30) años de edad, y no haya procreado hijos con este. La sustitución de la asignación de retiro o de la pensión de invalidez temporal se pagará mientras el beneficiario viva y tendrá una duración máxima de 20 años. En este caso, el beneficiario deberá cotizar al sistema para obtener su propia pensión, con cargo a dicha sustitución. Si tiene hijos con el causante se aplicará el literal anterior.*

Si respecto de un titular de asignación de retiro o pensionado por invalidez hubiese un compañero o compañera permanente, con sociedad anterior conyugal no disuelta y derecho a percibir parte de la pensión de que tratan los literales a y b del presente parágrafo, dicha pensión se dividirá entre ellos (as) en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido.

En caso de convivencia simultánea en los últimos cinco años, antes del fallecimiento del causante entre un cónyuge o compañera o compañero permanente, la beneficiaria o el beneficiario de la sustitución de la asignación de retiro o de la pensión de invalidez o de la pensión de sobreviviente será la esposa o el esposo. Si no existe convivencia simultánea y se mantiene vigente la unión conyugal pero hay una separación de hecho, la compañera o compañero permanente podrá reclamar una cuota parte de lo correspondiente al literal a en un porcentaje proporcional al tiempo convivido con el causante siempre y cuando haya sido superior a los últimos cinco años antes del fallecimiento del causante. La otra cuota parte le corresponderá a la cónyuge con la cual existe la sociedad conyugal vigente."

De las normas anteriores, se colige que existen tres grupos en el orden de beneficiarios: el primero conformado por cónyuge o compañera permanente e hijos que cumplan requisitos; el segundo, por cónyuge o compañera permanente y padres con derecho; y el tercero, en el cual están los hermanos menores de 18 años o inválidos, dependientes del causante. Así mismo, se insiste en que, la cónyuge o la compañera permanente para acceder a la sustitución pensional, debe demostrar que estuvo haciendo vida marital con el causante y que convivió con él no menos de 5 años continuos inmediatamente anteriores a su deceso.

5.5 CASO CONCRETO

5.5.1 Hechos Probados

De acuerdo con los medios probatorios aportados al plenario, se tiene que:

- Resolución No. 0403 del 13 de mayo de 1980, mediante la cual CREMIL ordena el reconocimiento y pago de una asignación mensual de retiro en

cuantía del 82% al señor Capitán de Fragata (r) de la Armada, Señor Cesar Gutiérrez González (Q.E.P.D.), efectiva a partir del 01 de marzo de 1980²⁵.

- Registro civil de defunción por medio del cual se hace constar que el señor Cesar Gutiérrez González (Q.E.P.D.), falleció el 09 de marzo de 2008²⁶.
- Resolución No. 2052 del 27 de agosto de 2008, mediante la cual se ordena el pago de los haberes dejados de percibir por el señor Cesar Gutiérrez González (Q.E.P.D.), hasta el 08 de marzo de 2008 y cuya antigüedad no fuere superior a 3 años, así como el reconocimiento y pago de la pensión de beneficiarios causado por su fallecimiento a partir del 09 de marzo de 2008, a favor del menor Cesar Gutiérrez Upegui, bajo los términos y condiciones establecidas en la decisión²⁷.
- Registro civil de nacimiento de Cesar Gutiérrez Upegui, en el que se hace constar que es hijo de los señores Cesar Gutiérrez González (Q.E.P.D.), y Keyni Upegui Rada, y nació el 20 de agosto de 1999²⁸.
- Cédula de ciudadanía de Cesar Gutiérrez Upegui²⁹.
- Petición radicada por Keyni Upegui Rada, el 04 de septiembre de 2009 ante CREMIL, a través de la cual solicitó a la entidad que le fuera sustituida la asignación de retiro del señor Cesar Gutiérrez González (Q.E.P.D.), en calidad de compañera permanente³⁰.
- Escrito de alcance a la petición anterior, presentado el 08 de septiembre de 2009, por la demandante³¹.
- Cédula de ciudadanía³² y registro civil de nacimiento de la demandante³³, en los que se hace constar que nació el 16 de abril de 1978, por lo que para el momento del deceso del causante tenía 29 años, y a la fecha cuenta con 44 años de edad.
- Resolución No. 2766 del 29 de septiembre de 2009, por la cual CREMIL niega el reconocimiento y pago de la sustitución de asignación de retiro del señor Cesar Gutiérrez González (Q.E.P.D.), a la demandante³⁴.

²⁵ Fols. 10 y 106 reverso – 107 cdno 1.

²⁶ Fols. 8, 118 reverso y 136 cdno 1.

²⁷ Fols. 11 – 12, 122 reverso – 124, 140 – 141, y 162 – 163 cdno 1.

²⁸ Fol. 115 reverso cdno 1.

²⁹ Fol. 128 reverso cdno 1.

³⁰ Fols. 134 – 135 cdno 1.

³¹ Fol. 142 cdno 1.

³² Fol. 115 y 137 cdno 1.

³³ Fol. 114 cdno 1.

³⁴ Fols. 13 – 14 y 143 reverso – 144 cdno 1.

- Recurso de reposición interpuesto el 23 de octubre de 2009, por la parte demandante contra la decisión anterior³⁵.
- Resolución No. 3627 del 30 de diciembre de 2009, expedida por CREMIL, por medio de la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto contra la decisión anterior, en el sentido de confirmarla en su totalidad, negando, por lo tanto, el reconocimiento y pago de la sustitución de la asignación de retiro a la demandante³⁶.
- Petición radicada por Keyni Upegui Rada el 21 de agosto de 2014, ante CREMIL, a través de la cual solicitó a la entidad que le fuera sustituida la asignación de retiro del señor Cesar Gutiérrez González (Q.E.P.D.), en calidad de compañera permanente³⁷.
- Oficio No. 2014-69627 del 09 de septiembre de 2014³⁸, por la cual la entidad le comunica que su petición fue resuelta desfavorablemente mediante Resolución No. 2766 de 2009, y confirmada a través de la Resolución No. 3627 del 30 de diciembre de 2009, quedando debidamente ejecutoriada la decisión el 18 de febrero de 2010.
- Escritura pública No. 1461 del 07 de junio de 2016, mediante la cual se protocoliza la sentencia No. 23 proferidas el 21 de abril de 2016, por el Juzgado Sexto de Familia de Cartagena, que declaró la existencia de la unión marital de hecho entre los compañeros permanentes señores Cesar Gutiérrez González (Q.E.P.D.) y Keyni Upegui Rada, quienes convivieron desde el 28 de junio de 1999 hasta el día de la muerte del señor, es decir, el 09 de marzo de 2008³⁹.
- Declaraciones extraprocesales, rendidas por la demandante el 07 de septiembre de 2009⁴⁰, el 25 de junio de 2014⁴¹, y el 08 de agosto de 2016⁴², en las cuales manifiesta haber convivido en unión libre con el señor Cesar Gutiérrez González (Q.E.P.D.), desde junio de 1999 hasta el día de su fallecimiento, el 09 de marzo de 2008, atendiéndolo en la enfermedad, viviendo aproximadamente por 9 años bajo el mismo lecho, techo y mesa de forma permanente y continua, sin separaciones, habiendo procreado un hijo, junto con el cual dependía económicamente del causante, por lo que ambos son herederos y beneficiarios de este.

³⁵ Fols. 146 – 147 cdno 1.

³⁶ Fols. 67 – 69 y 151 – 152 cdno 1.

³⁷ Fol. 195 – 198 cdno 1

³⁸ Fols. 203 reverso – 204 cdno 2.

³⁹ Fols. 16 – 21 cdno 1.

⁴⁰ Fol. 142 reverso cdno 1

⁴¹ Fol. 206 reverso cdno 1

⁴² Fol. 26, 117, 142 reverso, y 206 reverso cdno 1.

- Registro civil de defunción de la señora Estella Mendoza de Gutiérrez, en el cual se hace constar que falleció el 11 de febrero de 2005⁴³.
- Copias de las declaraciones extrajuicio rendidas por Jair González Recuero⁴⁴, Mario Batista Marimon⁴⁵ y Magdalena Suarez Fortich⁴⁶.
- Copias de las declaraciones extrajuicio rendidas por los señores Fernando Upegui Montoya, Allys Ibáñez Elías, Grey Yances Puello, Carlos Upegui Sáenz, Alexandra Santis Cohen, que reposan en el expediente administrativo⁴⁷.
- Expediente administrativo prestacional del señor Cesar Gutiérrez González (Q.E.P.D.)⁴⁸.

5.5.2 Del análisis de las pruebas frente al marco normativo y jurisprudencial

Encuentra la Sala que, la señora Keyni Upegui Rada pretende que se declare la nulidad de la Resolución No. 2766 del 29 de septiembre de 2009, por la cual se le negó la sustitución de la asignación mensual de retiro del señor Cesar Gutiérrez González (Q.E.P.D.), en calidad de compañera permanente, así como la nulidad de la Resolución No. 3627 del 30 de diciembre de 2009, que resolvió el recurso de reposición interpuesto contra aquella, confirmándola en su totalidad.

Del expediente se extrae que, el señor Cesar Gutiérrez González (Q.E.P.D.), gozaba de una asignación de retiro reconocida por CREMIL mediante Resolución No. 0403 del 13 de mayo de 1980⁴⁹. Con ocasión de su deceso, acaecido el 09 de marzo de 2008, dicha prestación fue sustituida al hijo menor que este había procreado con la demandante, joven Cesar Gutiérrez Upegui, conforme a la Resolución No. 2052 del 27 de agosto de 2008⁵⁰, en la cual se indicó que la prestación estaba sujeta a suspensión anual a partir del cumplimiento de sus 18 años y hasta sus 25 años, fechas en las cuales debía acreditar la continuidad de su derecho, allegando a la entidad declaración de dependencia económica, soltería, certificado de estudios actualizado y documento de identidad. De igual forma, se dispuso que el derecho reconocido estaría sometido a extinción una vez cumpliera los 25 años, es

⁴³ Fol. 148 cdno 1.

⁴⁴ Fol. 137 reverso cdno 1.

⁴⁵ Fol. 138 cdno 1.

⁴⁶ Fol. 289 – 290 cdno 2.

⁴⁷ Fols. 300 – 316 cdno 2.

⁴⁸ Fols. 99 – 202 cdno 1 y 203 – 263 cdno 2.

⁴⁹ Fols. 10 y 106 reverso – 107 cdno 1.

⁵⁰ Fols. 11 – 12, 122 reverso – 124, 140 – 141, y 162 – 163 cdno 1.

decir, el 20 de agosto de 2024, con el correspondiente acrecimiento de su cuota parte a los demás beneficiarios reconocidos, si los hubiere.

Aunado a lo anterior, se advierte que mediante petición presentada el 04 de septiembre de 2009⁵¹, la actora solicitó a CREMIL, el reconocimiento de la sustitución personal en calidad de compañera permanente, el cual fue negado mediante la Resolución No. 2766 del 29 de septiembre de 2009⁵², por considerarse que no existían los elementos de juicio suficientes para determinar que efectivamente la peticionario convivió con el causante, hasta el momento de su fallecimiento, bajo el mismo techo, en una relación de afecto y ayuda mutua. Contra esta decisión, la aquí demandante interpuso recurso de reposición, por lo que a través de Resolución No. 3627 del 30 de diciembre de 2009⁵³, se resolvió el mismo, confirmando el acto administrativo inicial.

Como se evidencia, en el presente asunto, el estudio que debe efectuar la Sala se circunscribe a determinar si se encuentra acreditada la presunta calidad de compañera permanente del señor Cesar Gutiérrez González (Q.E.P.D.), que dice ostentar la señora Keyni Upegui Rada, así como la convivencia efectiva y continúa con este, durante los 5 años inmediatamente anteriores a su deceso, para acceder a la sustitución pensional pretendida.

Tal como se expuso en el marco normativo y jurisprudencial de esta providencia, para efectos de que la cónyuge o la compañera permanente acceda al beneficio de sustitución pensional, debe demostrar el cumplimiento de los requisitos consagrados en el Decreto 4433 de 2004, esto es, haber hecho vida marital con el causante, así como el tiempo de convivencia por un término no menor de 5 años inmediatamente anteriores a su fallecimiento.

La parte demandante, aportó al proceso la escritura pública No. 1461 del 07 de junio de 2016⁵⁴, mediante la cual se protocolizó la sentencia No. 23 del 21 de abril de 2016, proferida por autoridad competente, Juzgado Sexto de Familia de Cartagena, que declaró la existencia de la unión marital de hecho entre los compañeros permanentes señores Cesar Gutiérrez González (Q.E.P.D.) y Keyni Upegui Rada, de la cual se extrae la convivencia efectiva entre la demanda y el causante, desde el 28 de junio de 1999 hasta el día de la muerte del señor, es decir, el 09 de marzo de 2008. Dicha decisión quedo debidamente notificada y ejecutoriada.

⁵¹ Fols. 195 – 198 cdno 1

⁵² Fols. 13 – 14 y 143 reverso – 144 cdno 1.

⁵³ Fols. 67 – 69 y 151 – 152 cdno 1.

⁵⁴ Fols. 16 – 21 cdno 1.

Al respecto, se tiene que el artículo 2º de la Ley 979 de 2005⁵⁵, estableció los mecanismos ágiles para demostrar la unión marital de hecho y sus efectos patrimoniales entre compañeros permanentes, en los siguientes términos:

“ARTÍCULO 2o. El artículo 4o. de la Ley 54 de 1990, quedará así:

Artículo 4o. La existencia de la unión marital de hecho entre compañeros permanentes, se declarará por cualquiera de los siguientes mecanismos:

1. *Por escritura pública ante Notario por mutuo consentimiento de los compañeros permanentes.*
2. *Por Acta de Conciliación suscrita por los compañeros permanentes, en centro legalmente constituido.*
3. *Por sentencia judicial, mediante los medios ordinarios de prueba consagrados en Código de Procedimiento Civil, con conocimiento de los Jueces de Familia de Primera Instancia.”*

Como se observa, la sentencia judicial en comento, demuestra con suficiencia que la señora Keyni Upegui Rada, ostenta la calidad de compañera permanente beneficiaria de la sustitución de asignación de retiro del señor Cesar Gutiérrez González (Q.E.P.D.), como quiera que en ella se declaró la existencia de la unión marital de hecho entre estos y la convivencia efectiva y continua durante nueve 9 años y hasta la muerte del señor Gutiérrez González; término que supera el presupuesto de 5 años de convivencia inmediatamente anteriores al fallecimiento del causante, y da cuenta del cumplimiento de la totalidad de los requisitos señalados en el Decreto 4433 de 2004, para efectos que se acceda al beneficio de la sustitución pensional en calidad de compañera permanente.

Si bien, la decisión judicial anterior fue emitida con posterioridad a la expedición de los actos administrativos enjuiciados (obsérvese que estas fueron dictadas en el año 2009, y la sentencia fue adoptada en el año 2016), esta Sala destaca que ello no es óbice para el reconocimiento prestacional solicitado, pues en la sentencia aludida, se reconoce la convivencia desde el 28 de junio 1999 hasta el 09 de marzo de 2008. Además, en el expediente administrativo obran distintas declaraciones juramentadas extrajuicio rendidas por los señores Grey Cecilia Yances Puello, Fernando Upegui Montoya, Carlos Mario Del Cristo Upegui Sáenz, y Alexandra María Santis Xohen, quienes dieron fe de que entre la señora Keyni Daibe Del Socorro Upegui Rada y el doctor Cesar Augusto Gutiérrez González (Q.E.P.D.), existió una unión marital de hecho durante nueve (9) años y hasta el fallecimiento de este último, relación de la cual nació Cesar Augusto Gutiérrez Upegui, e hicieron constar que la demandante así como su hijo dependían económicamente del causante.

⁵⁵ Que modificó el artículo 4º de la Ley 54 de 1990.

En ese orden de ideas, al estar demostrado el cumplimiento de los requisitos establecidos por la norma y la jurisprudencia, es dable el reconocimiento de la sustitución pensional del causante a la señora Keyni Upegui Rada, en calidad de compañera permanente, razón por la cual esta Sala declarará la nulidad absoluta de las Resoluciones No. 2766 del 29 de septiembre y No. 3627 del 30 de diciembre de 2009, y en su lugar, se concederá el reconocimiento y pago de la pensión de beneficiarios causada por el fallecimiento del señor Cesar Gutiérrez González (Q.E.P.D.), a favor de la demandante.

Ahora bien, con relación al momento a partir del cual se reconocerá y ordenará el pago de la asignación mensual de retiro, en razón al derecho de sustitución de la demandante, esta Sala estima necesario verificar el término de prescripción de las mesadas pensionales. En ese sentido, el Consejo de Estado estableció:

"La prescripción en materia laboral, en general, es un modo de extinguir derechos por el paso del tiempo sin haberlos exigido, regla frente a la cual el derecho a la pensión ha recibido una connotación especial para darle el carácter de imprescriptible (...) situación que se extiende a la de sobrevivientes. Sin embargo, tal precepto no abarca las mesadas que no se hubieren reclamado dentro del término previsto por la ley, pues respecto de ellas si opera la prescripción."⁵⁶

Luego de precisar lo anterior, se debe traer a colación el término de prescripción de las mesadas pensionales que impone el Decreto 4433 de 2004:

"ARTÍCULO 43. Prescripción. Las mesadas de la asignación de retiro y de las pensiones previstas en el presente decreto prescriben en tres (3) años contados a partir de la fecha en que se hicieron exigibles.

El reclamo escrito recibido por la autoridad competente sobre un derecho, interrumpe la prescripción, por un lapso igual.

Los recursos dejados de pagar como consecuencia de la prescripción de que trata el presente artículo permanecerán en la correspondiente entidad pagadora y se destinarán específicamente al pago de asignaciones de retiro en las Cajas o de pensiones en el Ministerio de Defensa Nacional o en la Dirección General de la Policía Nacional, según el caso."

Así las cosas, se concluye que el término de prescripción empieza a correr a partir de la fecha en que el derecho se haya hecho exigible, y que la interrupción se presenta en un lapso igual contado desde presentación de la reclamación administrativa. Es decir, que luego de presentada la petición de un derecho, el interesado cuenta con 3 años para demandar el reconocimiento del derecho, so pena de activarse el fenómeno prescriptivo, y

⁵⁶ SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA. SUBSECCIÓN "A". Consejero ponente: WILLIAM HERNANDEZ GÓMEZ. Bogotá D.C., treinta (30) de mayo de dos mil diecinueve (2019). Radicación número: 25000-23-42- 000-2013-02235-01(2602-16) CE-SUJ-01619

de esta manera evitar la pérdida del derecho a las prestaciones periódicas que se llegaren a ver afectadas por el transcurso del tiempo⁵⁷.

Bajo ese entendido, se observa que los actos administrativos atacados, Resoluciones Nos. 2766 del 29 de septiembre y 3627 del 30 de diciembre de 2009, fueron expedidos con ocasión de la petición del 04 de septiembre de 2009, sin embargo, la demandante presentó nuevamente reclamación administrativa el 21 de agosto de 2014, respecto de la cual se le informó a través de Oficio No. 2014-69627 del 09 de septiembre de 2014, que su solicitud había sido resuelta con anterioridad por medio de las decisiones aludidas, es decir, que esta manifestación se tiene como acto denegatorio de la reclamación prestacional.

Como se aprecia, solo hasta el 04 de septiembre de 2009, la demandante presentó escrito de solicitud de reconocimiento de la pensión, respecto de la cual obtuvo respuesta expresa y agotó la vía gubernativa, pese a ello, no instauró la demanda ante esta jurisdicción dentro de los tres años siguientes, por lo que dejó transcurrir el tiempo y se produjo la prescripción sobre las mesadas reclama.

Así mismo, se tiene que el 21 de agosto de 2014, la parte actora radicó nuevamente solicitud de reconocimiento y pago de la prestación, interrumpiendo la prescripción en la misma fecha por el término de 3 años, quedando cobijadas con la interrupción las mesadas correspondientes a los períodos desde el 21 de agosto de 2011 hacia atrás, según lo dispuesto en el artículo 43 del Decreto 4433 de 2004. Sin embargo, la parte demandante en su escrito demandatorio, se limitó a solicitar el pago de los valores “*dejados de percibir durante los tres años anteriores a la presentación de esta demanda*”, razón por la cual, este Tribunal solo reconocerá y ordenará dicho pago desde el 27 de octubre de 2013, como quiera que la demanda fue presentada el 27 de octubre de 2016, en atención a los principios de congruencia y justicia rogada, que caracterizan a esta jurisdicción e irradian el proferimiento de todas las sentencias judiciales, en aras de garantizar a su vez, el debido proceso y el derecho de defensa del demandado.

En suma, esta Sala accederá a las pretensiones formuladas en la demanda, declarando la nulidad de los actos enjuiciados, y en su lugar, ordenará el reconocimiento y pago de la sustitución de la asignación mensual de retiro causada por el señor Cesar Gutiérrez González (Q.E.P.D.), a favor de la demandante, en calidad de compañera permanente, en cuantía equivalente al 50% del valor mensual de la asignación de retiro, a partir del 26 de octubre de 2013, hasta el 20 de agosto de 2024, fecha en la cual se

⁵⁷ Consejo de Estado, Sentencia 00718 del 02 de febrero de 2017. Radicación No.150012333000201300718 01 (1218-2015). M. P.: Sandra Lisset Ibarra Vélez.

extingue la cuota parte correspondiente al joven Cesar Augusto Gutiérrez Upegui, debido al cumplimiento de los 25 años de edad; circunstancia ante la cual corresponderá el acrecimiento de esta cuota parte a la señora Keyni Upegui Rada, esto es, el reconocimiento y pago del 100% de la prestación de forma vitalicia, y de conformidad con el inciso 7 del artículo 11 del Decreto 4433 de 2004.

5.6. De la condena en costa.

El artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo señala, que *“Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil”*. A su turno, el artículo 365 del Código General del Proceso señala que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso.

De igual forma, se advierte que la jurisprudencia del H. Consejo de Estado⁵⁸, ha adoptado un criterio objetivo-valorativo de la imposición de condena en costas, precisando que no se debe atender a la conducta de las partes para determinar su procedencia, es decir, si las mismas actuaron con temeridad o mala fe, por el contrario, su imposición atiende a aspectos objetivos relacionados con la causación de las costas.

Con base en lo anterior, sería del caso proceder a la condena en costas de la parte vencida dentro del asunto, CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES – CREMIL; no obstante, se advierte que por haberse incorporado la prueba fehaciente de la convivencia entre la demandante y el causante, en sede judicial, con posterioridad a la actuación administrativa, por lo que esta Corporación se abstendrá de imponer dicha condena, en virtud de los principios de razonabilidad y proporcionalidad.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Bolívar, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

VI. FALLA

PRIMERO: DECLARAR la nulidad de la Resolución No. 2766 del 29 de septiembre de 2009, mediante la cual se denegó la sustitución de asignación mensual de retiro en favor de la señora KEYNI UPEGUI RADA, en calidad de compañera permanente del señor CESAR GUTIÉRREZ GONZÁLEZ (Q.E.P.D.), y la Resolución

⁵⁸ Consejo De Estado, Sala De Lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A. Sentencia del 21 de enero de 2021. Radicación: 25000-23-42-000-2013-04941-01 (3806-2016; y sentencia del 07 de abril de 2016. Radicación: 13001-23-33-000-2013-00022-01 (1291-2014). M.P. William Hernández Gómez.

No. 3627 del 30 de diciembre de 2009, que confirmó la decisión anterior, por las razones aquí expuestas.

SEGUNDO: ORDENAR a título de restablecimiento del derecho, a CREMIL reconocer y pagar, a favor de la demandante, la asignación mensual de retiro causada por el señor CESAR GUTIÉRREZ GONZÁLEZ, en calidad de compañera permanente, en cuantía equivalente al 50% del valor mensual de la asignación de retiro, a partir del 27 de octubre de 2013, hasta el 20 de agosto de 2024, fecha en la cual se extingue la cuota parte correspondiente al joven CESAR AUGUSTO GUTIÉRREZ UPEGUI, debido al cumplimiento de los 25 años de edad; circunstancia ante la cual corresponderá el acrecimiento de esta cuota parte a la señora KEYNI UPEGUI RADA, esto es, el reconocimiento y pago del 100% de la prestación de forma vitalicia, de conformidad con el inciso 7 del artículo 11 del Decreto 4433 de 2004.

TERCERO: ORDENAR a título de restablecimiento del derecho que CREMIL pague a la señora KEYNI UPEGUI RADA, los retroactivos de las mesadas pensionales y los valores indexados causados a su favor y en los términos aquí expuestos, desde el 26 de octubre de 2013, según las consideraciones de este proveído.

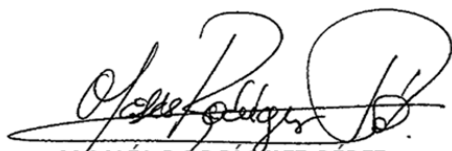
CUARTO: ABSTENERSE de condenar en costas en esta instancia.

QUINTO: Si esta providencia no fuere apelada, una vez en firme, **ARCHÍVESE** el expediente previas las anotaciones de ley en los sistemas de radicación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Constancia: El proyecto de esta providencia fue estudiado y aprobado en Sala No. 26 de la fecha.

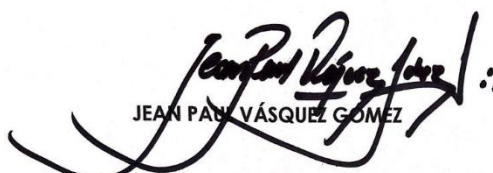
LOS MAGISTRADOS



MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ



EDGAR ALEXI VASQUEZ CONTRERAS



JEAN PAUL VÁSQUEZ GÓMEZ