

13001-23-33-000-2017-00506-00

Cartagena de Indias D. T. y C., treinta (30) de marzo de dos mil veintidós (2022)

<b>Medio de control</b>	<b>NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO</b>
<b>Radicado</b>	<b>13001-23-33-000-2017-00506-00</b>
<b>Accionante</b>	<b>YAMILE ROCÍO ZAFADY YOHAID</b> <a href="mailto:lesbiamelo_25@hotmail.com">lesbiamelo_25@hotmail.com</a> <a href="mailto:alinstanteaboados@mail.com">alinstanteaboados@mail.com</a>
<b>Accionada</b>	<b>CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES – CREMIL</b> <a href="mailto:notificacionesjudiciales@cremil.gov.co">notificacionesjudiciales@cremil.gov.co</a> <a href="mailto:abogadocitybank@yahoo.com">abogadocitybank@yahoo.com</a>
<b>Tema</b>	<b>SUSTITUCIÓN DE PENSIÓN – COMPAÑERA PERMANENTE</b>
<b>Magistrado Ponente</b>	<b>JOSÉ RAFAEL GUERRERO LEAL</b>

## I.- PRONUNCIAMIENTO

Procede la Sala No. 02 de decisión del Tribunal Administrativo de Bolívar a pronunciarse en primera instancia respecto de la demanda de Nulidad y Restablecimiento del Derecho del artículo 138 del CPACA interpuesta por YAMILE ROCÍO ZAFADY YOHAID en contra de LA CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES– CREMIL.

## II.- ANTECEDENTES

### 2.1. DEMANDA<sup>1</sup>.

#### 2.1.1. Hechos relevantes planteados por el accionante.

- La señora Yamile Roció Zafady Yohaid, convivió en unión libre con el difunto Suboficial Primero ® ARC Horacio Alfredo Charria Herrera, por más de dos años.
- De dicha unión nació su hijo José Carlos Charria Zafady.

<sup>1</sup> Folios 1-8, expediente digital documento denominado 01Cuaderno#1.

13001-23-33-000-2017-00506-00

- El Suboficial Primero ® ARC Horacio Alfredo Charria Herrera, se le reconoció asignación de retiro mediante la Resolución # 0339 del 20 de abril de 1982.
- El precitado suboficial falleció el 25 de enero de 1993.
- Con ocasión del fallecimiento la señora Yamile Roció Zafady Yohaid, presentó solicitud de sustitución pensional en su condición de compañera permanente, y en representación de su menor hijo; igualmente se presentó a reclamar el derecho su esposa María Auxiliadora Muñoz Cárdenas.
- La Caja de Retiro de las Fuerzas Militares resolvió en forma desfavorable la solicitud de sustitución presentada por la esposa del causante, argumentando que ya no hacía vida en común con el causante.
- Igualmente resolvió en forma desfavorable la solicitud presentada por mi mandante señora Yamile Zafady, a pesar que en las misma Resolución se reconocía su convivencia y su calidad de compañera permanente del causante; pero el Decreto 1211 de 1993 estatuto que regía al personal de las Fuerzas Militares, en su artículo 185 no contemplaba a las compañeras permanentes como beneficiarías para la sustitución pensional, situación que no permitió que se le reconociera la sustitución en calidad de compañera permanente a mi mandante.
- La sustitución pensional fue reconocida en su totalidad es decir el 100% al menor José Carlos Charria Zafady, hijo nacido de la unión marital de hecho conformada por el causante y mi poderdante.

### **2.1.2. Pretensiones de la demanda.**

La demanda se dirige concretamente a que se declare la nulidad de la Resolución No. 816 del 11 de mayo de 1993.

Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, se reconozca a la señora Yamile Roció Zafady Yohaid, la sustitución pensional que le corresponde en su condición de compañera

13001-23-33-000-2017-00506-00

permanente, con los reajustes legalmente causados hasta la fecha en que se dé cumplimiento a la sentencia, pagándole los intereses corrientes y moratorios correspondientes a la pensión dejada de recibir y dándole cumplimiento a la sentencia en los términos de los artículos 192 y siguientes del CPACA.

### **2.1.3 Normas violadas y concepto de violación.**

La demandante citó como normas violadas, las siguientes:

- Constitución Política: Arts.: 13-42.-48.
- Art. 1° de la Ley 12 de 1975.
- Ley 100 de 1993.

Lo anterior, por cuanto no se dio aplicación directa a la constitución y por favorabilidad.

## **2.2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.<sup>2</sup>**

Sostiene que se deben negar las súplicas de la demanda, toda vez que el acto acusado está ajustado a la legalidad, en razón a que el artículo 185 del Decreto 1211 de 1990, que regía para la época del fallecimiento del Suboficial Primero ® ARC Horacio Alfredo Charria Herrera, no incluía dentro de los beneficiarios de la prestación a la compañera permanente del causante.

Aduce también que, de llegar a proceder el reconocimiento solicitado por la parte demandante, éste deberá operar desde la fecha de ejecutoria del fallo que así lo dispone y no a partir de la fecha del reconocimiento de la prestación.

## **2.3. ACTUACIÓN PROCESAL.**

### **2.3.1. Trámite procesal de primera instancia.**

- Mediante auto de fecha 23 de enero de 2018, se admite la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho.<sup>3</sup>
- Se contesta la demanda.<sup>4</sup>

<sup>2</sup> Folios 72-78, expediente digital documento denominado 01Cuaderno#1.

<sup>3</sup> Folios 56- 59, expediente digital documento denominado 01Cuaderno#1.

<sup>4</sup> Folios 72-78, expediente digital documento denominado 01Cuaderno#1.

- El 17 de septiembre de 2018 se corre traslado de la Contestación de la demanda.<sup>5</sup>
- El 20 de septiembre de 2018 la parte accionante responde al traslado de la Contestación de la demanda por parte de la accionada.<sup>6</sup>
- En audiencia inicial 01 de noviembre de 2018 se vincula a la señora María Auxiliadora Muñoz Cárdenas al proceso. La apoderada de la parte demandante, manifestó bajo gravedad de juramento desconocer su dirección física o electrónica.<sup>7</sup>
- Por auto de fecha 07 de febrero de 2020, se designa en calidad de Curador Ad Litem de la señora María Auxiliadora Muñoz Cárdena a los abogados Néstor Osorio Moreno, Javier Doria Arrieta y Eljach Vergara.<sup>8</sup>
- El 13 de julio de 2020 el Dr. Néstor Osorio Moreno acepta la designación como Curador Ad Litem.<sup>9</sup>
- El 08 de febrero de 2021 el Dr. Néstor Osorio Moreno presenta Contestación de la demanda, en calidad de Curador de la señora María Auxiliadora Muñoz Cárdenas.<sup>10</sup>
- El 11 de febrero de 2021 se corre traslado de la Contestación.<sup>11</sup>
- El 12 de octubre de 2021 se lleva a cabo audiencia inicial y se decreta el interrogatorio de partes a la demandante la señora Yamile Rocío Zafadi Yohaid, de manera oficiosa; asimismo se decreta la declaración de parte de la señora María Auxiliadora Muñoz Cárdenas, solicitada por el Curador Ad Litem; y fija fecha de audiencia de pruebas para el día 30 de noviembre de 2021.<sup>12</sup>

<sup>5</sup> Folios 164, expediente digital documento denominado 01Cuademo#1.

<sup>6</sup> Folios 166 - 168, expediente digital documento denominado 01Cuademo#1.

<sup>7</sup> Folios 178 - 180, expediente digital documento denominado 01Cuademo#1.

<sup>8</sup> Folios 224 - 233, expediente digital documento denominado 01Cuademo#1.

<sup>9</sup> Folios 234, expediente digital documento denominado 01Cuademo#1.

<sup>10</sup> Folios 246 - 250, expediente digital documento denominado 01Cuademo#1.

<sup>11</sup> Folios 252 expediente digital documento denominado 01Cuademo#1.

<sup>12</sup> Exp. Digital 04ActaAudiencialInicial.

13001-23-33-000-2017-00506-00

- El 30 de noviembre de 2021, se lleva a cabo la audiencia de pruebas y se dispuso correr traslado a las partes por el término de 10 días, para alegar de conclusión.<sup>13</sup>

## **2.4. ALEGACIONES.**

### **2.4.1 Parte Demandante**

La parte demandante presentó alegatos de conclusión<sup>14</sup>.

### **2.4.2 Parte Demandada**

La parte demandante presentó alegatos de conclusión<sup>15</sup>.

### **2.4.3 El Curador Ad Litem de la señora María Auxiliadora Muñoz Cárdenas**

El Curador Ad Litem presentó alegatos de conclusión<sup>16</sup>.

## **2.5. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO.**

Considera que se debe conceder las pretensiones de la demanda, por aplicación directa de las normas constitucionales y por favorabilidad, pues a partir de la expedición de la Constitución de 1991 se produjo un vuelco en la interpretación de los derechos consagrados en las normas legales para adaptarlos a las nuevas exigencias en materia de principios y valores de rango constitucional, por tanto, no puede demandarse un tiempo específico de convivencia para el reconocimiento de la asignación de retiro reclamada, pues para época del fallecimiento del causante de la prestación, no estaba vigente la Ley 100 de 1993 y el Decreto 4433 de 2004 que hablan de 5 años de convivencia como requisito.

Adicionalmente, para la fecha en que murió el Suboficial Primero ® ARC Horacio Alfredo Charria Herrera, estaba vigente la Ley 12 de 1975.

<sup>13</sup> Exp. Digital 08ActaAudienciaPruebas (interrogatorio).

<sup>14</sup> Exp. Digital documento denominado 09AlegatosConclusionDte

<sup>15</sup> Exp. Digital documento denominado 11AlegatosConclusionCremil.

<sup>16</sup> Exp. Digital documento denominado 10AlegatosConclusionCurador.

### **III.- CONTROL DE LEGALIDAD**

Revisado el expediente se observa que en el desarrollo de las etapas procesales de primera instancia se ejerció el control de legalidad ordenado por el artículo 207 C.P.A.C.A. Por ello y como en esta instancia no se observan vicios que acarreen la nulidad del proceso o impidan proferir decisión, se procede a resolver la alzada.

### **IV.- CONSIDERACIONES**

#### **4.1. COMPETENCIA.**

De acuerdo con lo dispuesto en el numeral 3 del artículo 152 y numeral 7 del artículo 156 del C.P.A.C.A., este Tribunal Administrativo es competente para conocer en primera instancia del presente asunto.

#### **4.2. PROBLEMA JURÍDICO.**

La Sala pasa a resolver los siguientes problemas jurídicos que se establecieron en la audiencia inicial:

¿Determinar si la señora Yamile Zafadi Yohaid es beneficiaria de la sustitución pensional del finado Suboficial Primero Horacio Charria Herrera, en su calidad de compañera permanente?

En caso positivo, se determinará si:

¿Es dable declarar la prescripción frente a algunas mesadas pensionales debido al transcurso del tiempo entre el nacimiento del derecho y la presentación de la reclamación?

#### **4.3. TESIS DE LA SALA.**

Esta Sala procederá a conceder las pretensiones de la demanda, por cuanto quedó demostrado que la señora Yamile Zafady Yohaid cumple con los requisitos exigidos por la Ley 12 de 1975 para ser acreedora al derecho de sustitución pensional del señor Horacio Alfredo Charria Herrera.

#### **4.4. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL.**

##### **4.4.1. Del principio de favorabilidad – Aplicación de la Ley 100 de 1993 al régimen especial de las fuerzas militares.**

El principio de favorabilidad se utiliza en las situaciones en las que se presenta duda sobre cuál es la disposición jurídica aplicable al momento de resolver un asunto concreto. La existencia de este conflicto se da cuando dos o más textos legislativos que se encuentran vigentes al momento de causarse el derecho que se reclama, son aplicables para su solución.

En virtud del principio de favorabilidad se debe escoger, en su **integridad**, el texto normativo que le represente mayor provecho al trabajador, afiliado o beneficiario del Sistema de Seguridad Social, estando proscrita la **posibilidad de aplicar parcialmente uno y otro texto para elegir de cada uno lo que resulta más beneficioso**, condición que se conoce como el principio de inescindibilidad o conglobamento. No está de más aclarar que de la aplicación del principio de favorabilidad se derivó la prohibición de menoscabar los derechos de los trabajadores, el cual jurisprudencialmente se denominó: «La salvaguarda de las expectativas legítimas mediante la aplicación del criterio de la condición más beneficiosa al trabajador»<sup>17</sup>.

Ahora bien, en el Decreto 1211 de 1990, vigente al momento del fallecimiento del señor Horacio Charria Herrera, solamente estableció como beneficiario para efectos de sustitución pensional al cónyuge supérstite, sin que se incluyera al compañero o compañera permanente, no obstante, el Consejo de Estado en diversos pronunciamientos ha precisado que tales disposiciones deben ser interpretadas a la luz de la Constitución Política, teniendo en cuenta el derecho a la igualdad jurídica y social y la familia constituida por vínculos naturales.

Es así como en sentencia del 25 de julio de 2013<sup>18</sup>, al pronunciarse respecto del reconocimiento de la sustitución pensional a la compañera permanente en el régimen pensional de las Fuerzas Militares, el máximo órgano de lo contencioso consideró:

“(…)

<sup>17</sup> Sentencia de unificación, 00965 de 2018 Consejo de Estado

<sup>18</sup> Consejo de Estado, sala de lo contencioso-administrativo, sección segunda, subsección B, fallo de 25 de julio de 2013, expediente: 17001-23-31-000-2007-00006-02 (2217-12).





13001-23-33-000-2017-00506-00

*De acuerdo con la normativa transcrita la legitimación para sustituirla asignación de retiro radica en la cónyuge supérstite; sin embargo, como ya lo ha precisado la Sala, la aplicación e interpretación de dicha normatividad debe hacerse atendiendo lo previsto en la Constitución Política de 1991, a partir de la cual tomó especial importancia bajo un marco de igualdad jurídica y social, la familia constituida por vínculos naturales.*

*Lo antes dicho porque las normas del Ejército y Fuerzas Militares no incluían a la compañera permanente entre los beneficiarios de la sustitución en la asignación de retiro, no obstante, la entrada en vigencia de la Constitución de 1991, en el artículo 42 protege la institución familiar surgida tanto del vínculo matrimonial como de la relación marital de hecho.*

*Los artículos 13 y 42 de la Constitución Política permiten afirmar la legitimidad de la compañera permanente para reclamar su derecho a la sustitución pensional, quien tiene los mismos derechos prestacionales que le corresponden a la cónyuge supérstite.*

*Al respecto es pertinente indicar que existían disposiciones de alcance general que reconocían a la compañera permanente como beneficiaria de la sustitución pensional, tal como aparece en las Leyes 12 de 1975 (artículo 1), 113 de 1985 (artículo 2), 71 de 1988 (artículo 3) y 100 de 1993 (artículo 47) y que, estos desarrollos normativos permitían advertir una tendencia muy clara del derecho Colombiano respecto al reconocimiento pleno de los derechos de los compañeros permanentes."*

En ese sentido, también se debe tener en cuenta además del principio de favorabilidad que permite optar por la situación más benigna para el empleado, en caso de duda en la aplicación e interpretación jurídica y, que se configura cuando coexisten dos o más normas o regímenes legales que regulan una misma situación o, cuando existiendo uno solo, se presta para diferentes interpretaciones, caso en el cual; dicha interpretación debe enmarcarse en la prevalencia de los derechos reconocidos en la Constitución Política y la interpretación que de ella, realicen las altas cortes, en la materia.

A lo anterior, se le debe agregar que en cualquier caso en el que se pretenda dar aplicación al principio de favorabilidad, se debe tener presente el principio de inescindibilidad<sup>19</sup> de la Ley, que secunda aquel, en

<sup>19</sup> Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda - Subsección "A" Radicación No. 760012331000200304045 01 (1371-07) Demandante: Maricela López Villabuena.





13001-23-33-000-2017-00506-00

virtud del cual, la norma que se adopte debe ser aplicada en su integridad, quedando prohibido dentro de una sana hermenéutica, el desmembramiento de las normas legales para tomar aspectos favorables que uno y otro régimen ofrezca. De esta manera, quien invoca un ordenamiento que le beneficia y quien en efecto lo aplica, no puede recoger las prebendas contenidas en el uno para incrustarlas en la aplicación del otro.

#### **4.4.2. De la sustitución pensional en la Ley 12 de 1975 y la interpretación constitucional realizada a dicha norma.**

La Sala, teniendo presente que jurisprudencialmente se ha considerado que las disposiciones aplicables al caso concreto son aquellas vigentes al momento del fallecimiento del causante y en razón del fundamento normativo legado por la parte actora en su demanda, se trae a colación la Ley 12 de 1975, por la cual se dictan algunas disposiciones sobre régimen de pensiones de jubilación, en la cual se consagra:

*ARTÍCULO 1º.- El cónyuge supérstite o la compañera permanente de un trabajador particular o de un empleado o trabajador del sector público, y sus hijos menores o inválidos, tendrán derecho a la pensión de jubilación del otro cónyuge si éste falleciere antes de cumplir la edad cronológica para esta prestación, pero que hubiere completado el tiempo de servicio consagrado para ella en la Ley, o en convenciones colectivas.*

*ARTÍCULO 2º.- Este derecho lo pierde el cónyuge sobreviviente cuando por su culpa no viviere unido al otro en el momento de su fallecimiento, o cuando contraiga nuevas nupcias o haga vida marital, y los hijos por llegar a la mayoría de edad o cesar la incapacidad.*

(...)

Nótese, que en principio la norma se encuentra prevista para los eventos en los que los servidores públicos, al momento del fallecimiento, no se encuentra gozando de la pensión vitalicia de vejez y ya habiendo cumplido el tiempo de cotización, no hubieren llegado a la edad de para adquirir el estatus de pensionado.

Por ello, la Corte Suprema de Justicia, órgano que se trae a colación por ser la Corporación que más se ha pronunciado en relación con la norma en estudio, concebía el artículo 1º de la Ley 12 de 1975 solo resultaba aplicable al «cónyuge supérstite» o «compañera permanente» del trabajador que



13001-23-33-000-2017-00506-00

fallecía antes de llegar a la edad necesaria para obtener la pensión de jubilación, teniendo cumplido el tiempo de servicios, pero no a los beneficiarios de quienes ya tenían adquirido el derecho a la pensión de jubilación y morían<sup>20</sup>.

Sin embargo, tales reflexiones fueron replanteadas, y la Corte Suprema de Justicia, clarificó que no existe una razón válida para discriminar a la «compañera permanente» del pensionado que fallece, frente a la compañera del trabajador que tan solo tiene cumplido el tiempo de servicios, pero no la edad necesaria para obtener la pensión de jubilación, de manera que la Ley 12 de 1975 debe entenderse dirigida también a las compañeras permanentes de quien fallece con derecho adquirido a la pensión. En la citada decisión, la Corte adoctrinó<sup>21</sup>:

*Si bien es cierto que la legislación colombiana ha venido estableciendo dos modos diferentes de radicar la pensión en cabeza distinta del trabajador en razón de su muerte, según se trate de pensionado o de persona en vía de llegar a serlo por haber cumplido 20 años de servicio, un reexamen de la situación debatida permite concluir que tal circunstancia no excluye, contrario a lo definido anteriormente, la aplicación analógica del artículo 1º de la Ley 12 de 1975 al caso de la compañera permanente del pensionado fallecido, pues bajo la nueva óptica que ahora se propone es evidente que existe un vacío legislativo que debe ser llenado de acuerdo con los parámetros del artículo 19 del Código Sustantivo del Trabajo.*

*Y es que no aparece argumento lógico alguno que indique que el legislador, al expedir el artículo 1º de la Ley 12 de 1975, hubiere pretendido establecer un tratamiento preferente para la compañera permanente del trabajador que fallecía con el tiempo de servicio necesario para adquirir la pensión pero sin cumplir la edad, frente a aquella cuyo compañero moría ya pensionado o con derecho a la pensión.*

(...)

*De acuerdo con lo anterior, el tribunal no incurrió en error jurídico alguno al prohiar una exégesis del artículo 1º de la Ley 12 de 1975 con*

<sup>20</sup> De las características de esa orientación son un buen ejemplo las sentencias CSJ SL, 4 feb. 2004, rad. 21803; CSJ SL, 11 oct. 2004, rad. 23173; CSJ SL, 9 jun. 2009, rad. 34472; CSJ SL, 18 oct. 2005, rad. 25156 y CSJ SL, 15 feb. 2007, rad. 27723, entre muchas otras.

<sup>21</sup> Sentencia SI13509-2017 de 30 de agosto De 2017. M.P. Rigoberto Echeverri Bueno.



13001-23-33-000-2017-00506-00

*arreglo a la cual, si dicha norma ampara a los beneficiarios del trabajador que fallece estando en camino de adquirir la pensión de jubilación, por solo faltarle la edad, con mayor razón ampara a los beneficiarios de quien muere teniendo ya adquirido el derecho a la pensión, pues, como se explicó, esa es la orientación que actualmente defiende esta sala de la Corte. Subrayado fuera del texto.*

Bajo los anteriores supuestos, se pasa analizar el caso en concreto.

## **5. CASO CONCRETO.**

### **5.1. Hechos probados.**

En el proceso quedaron acreditados los siguientes hechos relevantes para la resolución de los problemas jurídicos:

#### **Frente a las pruebas documentales:**

- El Suboficial Primero @ ARC Horacio Alfredo Charria Herrera, se le reconoció asignación de retiro mediante la Resolución # 0339 del 20 de abril de 1982.<sup>22</sup>
- El precitado suboficial falleció el 25 de enero de 1993.<sup>23</sup>
- Con ocasión del fallecimiento, la señora Yamile Roció Zafady Yohaid, presentó solicitud de sustitución pensional en su condición de compañera permanente, y en representación de su menor hijo; igualmente se presentó a reclamar el derecho su esposa María Auxiliadora Muñoz Cárdenas.<sup>24</sup>
- La Caja de Retiro de las Fuerzas Militares estableció que la señora era cónyuge del causante, sin embargo, resolvió en forma desfavorable la solicitud de sustitución presentada por la esposa del causante, argumentando que ya no hacía vida en común con el causante.<sup>25</sup>
- Igualmente resolvió en forma desfavorable la solicitud presentada por la señora Yamile Zafady, pese a que en la misma Resolución se reconocía su convivencia y su calidad de compañera permanente del causante; pero argumentó, que el Decreto 1211 de 1993, estatuto

<sup>22</sup> Folios 11 – 14, consta en Resolución 816 de 1993, expediente digital documento denominado 01Cuaderno#1.

<sup>23</sup> Folios 11 – 14, consta en Resolución 816 de 1993, expediente digital documento denominado 01Cuaderno#1.

<sup>24</sup> Folio 10 (FOLIO 11 CORREGIR), expediente digital documento denominado 01Cuaderno#1.

<sup>25</sup> Folios 11 – 14, expediente digital documento denominado 01Cuaderno#1.



13001-23-33-000-2017-00506-00

que regía al personal de las Fuerzas Militares, en su artículo 185, no contempló a las compañeras permanentes como beneficiarias para la sustitución pensional.<sup>26</sup>

- La sustitución pensional fue reconocida en su totalidad es decir el 100% al menor José Carlos Charria Zafady, hijo nacido de la unión marital de hecho conformada por el causante y la señora Yamile Zafady.<sup>27</sup>
- Declaración extraprocesal efectuada el 31 de marzo de 1993, ante la Notaría Segunda de Santa Marta del señor Luis Demetrio Mozo Maldonado y aportada en expediente administrativo, en la que manifestó *“Además declaro que conocí al señor Horacio Alfredo Charria Herrera (Q.E.P.D), quienes convivían entre sí, haciendo vida extramatrimonial, hasta el momento de su deceso, y de cuya unión existe el menor José Carlos Charria Zafady. Además, declaro que convivieron durante más de dos (2) años.”*<sup>28</sup>
- Declaración extraprocesal efectuada el 31 de marzo de 1993, ante la Notaría Segunda de Santa Marta del señor Álvaro Ortiz Salas y aportada en expediente administrativo, en la que manifestó *“Además, declaro que conocí al señor Horacio Alfredo Charria Herrera (Q.E.P.D), quienes convivían entre sí, haciendo vida extramatrimonial, hasta el momento de su deceso, y de cuya unión existe el menor José Carlos Charria Zafady. Además, declaro que convivieron durante tres (3) años.”*<sup>29</sup>
- Declaración extraprocesal efectuada el 31 de marzo de 1993, ante la Notaría Primera del Circuito de Cali, de la señora Aura Elisa Herrera de Charria y aportada en expediente administrativo, en la que manifestó: *“Mi hijo era casado, estaba separado. Durante 3 años vivió en unión libre con la señora Yamile Zafady Yohaid, quien es mayor de edad, de cuya unión tuvieron 1 hijo: José Carlos Charria Zafady, menor, vecino de Santa Marta – TERCERA. - Me consta que mi hijo estuvo viviendo en unión libre con la señora antes mencionada y era él quien velaba por ella y su hijo en cuanto a vivienda, alimentación, vestido, drogas, etc.”*<sup>30</sup>

<sup>26</sup> Folios 11 – 14, expediente digital documento denominado 01 Cuaderno#1.

<sup>27</sup> Folios 11 – 14, expediente digital documento denominado 01 Cuaderno#1.

<sup>28</sup> Folios 122, Expediente digital documento denominado 01 Cuaderno#1.

<sup>29</sup> Folios 123, Expediente digital documento denominado 01 Cuaderno#1.

<sup>30</sup> Folios 143, Expediente digital documento denominado 01 Cuaderno#1.



13001-23-33-000-2017-00506-00

**Frente al interrogatorio de parte:**

- Declaración<sup>31</sup> en audiencia de pruebas modalidad virtual efectuada el día 30 de noviembre del 2021, mediante interrogatorio a la señora Yamile Zafady, la cual manifestó: *"Efectivamente, bueno, yo me conocí con Horacio en 1990, empezamos a tener una relación, como usted ya sabe del cual tuvimos a José Carlos Charria Zafady que desafortunadamente el 25 de enero de 1993 él falleció cuando el niño tenía cuatro meses... pues conté con el apoyo efectivamente de la mamá de Horacio, la señora Aura, que en paz descanse, y de las hermanas Esperanza y Aura Mercedes que ellas sí se encuentran vivas y sus respectivos hijos que hasta ahora tenemos una muy buena relación, tanto conmigo como con mi hijo.*

*Pues sí, se inició el proceso para tener derecho a la pensión la cual adjudicaron a mi hijo en su momento, emm... que la tuvo hasta que él terminó la carrera universitaria, gracias a dios. Emm... ¿qué le puedo decir?, fueron días difíciles, años difíciles, porque no es fácil sacar adelante, un niño de cuatro meses sola y pues, viniendo de una familia tan tradicional como la que fui criada, que no es fácil, emm... sí supe desde siempre que él era una persona que había tenido un compromiso anteriormente, pero pues sinceramente en este momento y desde ese momento también que lo conocí y que me relacioné con él, con su familia, pues eso no fue impedimento porque él no tenía ya ninguna relación con la señora, que en su momento ni siquiera llegué a saber si... si, ni su nombre, me vine a enterar, fue después, más adelante, y pues tuve la constancia de que efectivamente él no tenía ningún contacto con la señora, porque vuelvo y le repito, tuve una excelente relación y la sigo teniendo con la familia de Horacio, que en paz descanse, emm... ¿qué le puedo decir?, actualmente yo trabajo en una empresa, en Gases del Caribe, soy Secretaria del Departamento Técnico, tengo 25 años de estar ahí, y pues sí me gustaría como tener la tranquilidad y la estabilidad, que de pronto me pueden ofrecer si la pensión a la que estoy solicitando sea positiva, me ha tocado un poquito, se puede decir que difícil, porque no es fácil, y vuelvo y le repito, en criar en la tradición de mis padres libaneses donde todo el mundo por haberte organizado con una persona que no estaba contigo casada y todo eso, pero vuelvo y le repito, son cosas que en el corazón no se manda, emm... ¿qué más le puedo decir?, mi hijo nació el 25 de enero de 1992, vuelvo y le repito, cuando a Horacio lo mataron. José Carlos tenía cuatro meses y hasta el sol de hoy pues, gracias a dios, con mi hijo, con mi familia y esperar la buena voluntad de dios y de ustedes."*

Dicho esto, el Magistrado procede con el interrogatorio<sup>32</sup>:

<sup>31</sup> Expediente digital, 07AudienciaPruebas.mp4, minuto 12:12 – 15:12.

<sup>32</sup> Expediente digital, 07AudienciaPruebas.mp4, minuto 15:12 – 27:10.



Señor Magistrado: “Señora Yamile, en cuanto al inicio de la relación, me cuenta ¿fue en 1990?”

Señora Yamile: “Sí.”

Señor Magistrado: “¿Es una relación de noviazgo o una convivencia formal como pareja en una convivencia común, en ese año 1990?, ¿me podría explicar un poco mejor?”

Señora Yamile: “Sí, nosotros empezamos a convivir, vivíamos en Barranquilla.”

Señor Magistrado: “¿Quiere decir que lo conocía desde antes?”

Señora Yamile: “Lo que pasa es que la señora Aura vino de vacaciones al hotel Irotama, y yo manejaba la cuestión de relaciones humanas en el hotel y dijeron que un grupo de señoras de la tercera edad venían, que había que recibirlas en el aeropuerto, eso fue como en noviembre...octubre...sí, como en octubre de 1989, por ahí. Pues sí, eso fue como... se puede decir, amor a primera vista, aunque vuelvo y le repito, él era ya como una persona de 47 años, y yo tendría 27 o 28 años. Sí empezamos a convivir, empezamos a vivir en Barranquilla, y por la cuestión de, ya cuando ya, en el 92 tuve al niño, por cuestiones de los abuelos nos vinimos a vivir a Santa Marta, y desafortunadamente estando yo ya viviendo aquí en Santa Marta, es que a él...él fallece, en el 93.”

Señor Magistrado: “Correcto, señora Yamile. Cuando ustedes inician a vivir, digamos en Barranquilla, y luego en Santa Marta, ¿dónde quedaba el lugar de vivienda?”

Señora Yamile: “En Barranquilla vivíamos frente a SAO de la 53, en un edificio, y cuando nos vinimos a vivir a Santa Marta vivíamos en el conjunto residencial Daikiri frente a RCN, en toda la Av. Libertador...y también en el conjunto residencial San Carlos, Av. Libertador. Una vez que él falleció, pues mi mamá vendió la casa donde estábamos, esa era de mi mamá donde vivíamos, y pues nos mudamos a otra parte por cuestiones también de seguridad.”

Señor Magistrado: “¿Puede explicarle un poco al Despacho el tema de la economía, del hogar?, es decir, ¿Quiénes soportaban los gastos de mantenimiento de ese hogar?”





Señora Yamile: “Él, yo renuncié, y él era el que solventaba todos los gastos.”

Señor Magistrado: “De casualidad sabe si...bueno usted hablaba de una relación anterior, antes del año 1990, ¿Usted sabe si el señor antes de ese año convivió con esa relación? ¿o él ya estaba sólo?”

Señora Yamile: “Él estaba sólo, y pues ya tenía como más de 6 o 7 años, y pues, de todas maneras, uno como mujer es un poquito como pregunta, como...como me hice muy amiga de las hermanas, de todos, entonces ellos me lo confirmaron, y hasta el sol de hoy lo siguen confirmando.”

Señor Magistrado: “Muy amable. El Despacho no tiene más preguntas, si quiere hacerle preguntas la parte misma demandante.”

Dra. Lesbia Melo: “Sin preguntas, Honorable Magistrado.”

Señor Magistrado: “¿La Dra. Sandra Patricia?”

Dra. Sandra Carmona: “Señor Magistrado, voy a hacerle unas preguntitas a la señora Yamile. Buenos días señora Yamile, usted le informa al Despacho que tuvo una relación con el señor Horacio Alfredo Charria Herrera, indíqueme al despacho exactamente desde qué fecha y hasta cuando convivió con el mencionado señor.”

Señora Yamile: “Desde el 90 hasta el día que el falleció el 25 de enero del 93.”

Dra. Sandra Carmona: “1990... ¿mes? ¿día?”

Señora Yamile: “Me acuerdo más desafortunadamente del día del fallecimiento, pero exactamente el día en el año, el mes, eh... enero, febrero, marzo... creo que como entre febrero o marzo.”

Dra. Sandra Carmona: “Ok. Señora Yamile, manifiéstele al Despacho si sabe quien hizo la denuncia de fallecimiento del señor Horacio Alfredo Charria Herrera.”





13001-23-33-000-2017-00506-00

Señora Yamile: *"La denuncia la hicimos nosotros, mi papá que en paz descansa, y también la mamá de él que se hizo cargo en su momento de los gastos fúnebres."*

Dra. Sandra Carmona: *"Usted asistió al sepelio?"*

Señora Yamile: *"Sí, señora."*

Dra. Sandra Carmona: *"¿En dónde se encontraba usted el día del fallecimiento del señor?"*

Señora Yamile: *"Yo estaba en mi casa, porque precisamente ese día cumplía mi papá, que en paz descansa. El mismo 25 de enero estaba con él, estaba con el niño, que estaba un poquito con fiebre y no pude... por eso no lo pude acompañar a él a Cartagena, porque yo lo iba a acompañar, él viajó a Cartagena, y cuando nos avisaron, nos avisó un amigo que llamó a mi papá y mi papá me dijo a mí y pues salimos enseguida corriendo, ya eran como las siete y piquito de la noche."*

Dra. Sandra Carmona: *"Señora Yamile, manifiéstele al Despacho si lo sabe, quienes son los señores Luis Demetrio Mozo Maldonado, Álvaro Ortiz Salas y Aura Elisa Herrera de Charria."*

Señora Yamile: *"Aura Herrera de Charria es mi cuñada, eh...no, es decir, Aura Herrera de Charria es mi suegra, que en paz descansa. (...) Luis Demetrio Mozo, fue el doctor que me llevó el proceso ese día, amigo de la casa, y él señor Álvaro Ortiz, vecino de nosotros del conjunto residencial Daikiri, que vivía frente con frente de la casa de mi mamá."*

Dra. Sandra Carmona: *"Le pregunto señora Yamile, ya que en expediente militar del mencionado señor reposan unas declaraciones extrajudiciales en las que los dos señores, el señor Luis Demetrio manifiesta que usted convivió o hacía vida marital con el mencionado señor dos años. El otro, dice tres años, y la última, manifiesta que convivió en unión libre durante tres años... Por eso le preguntaba exactamente desde qué fecha y hasta qué fecha convivió con el mencionado señor."*

Señora Yamile: *"Sí, eh... desde febrero del 90 hasta la fecha que él murió."*

Dra. Sandra Carmona: *"Listo señora Yamile, no más preguntas señor Magistrado."*

Señor Magistrado: “¿El Dr. Néstor David?”

Dr. Néstor David: “Sin preguntas, señor Magistrado. Gracias.”

## **5.2. Análisis crítico de las pruebas frente al marco jurídico.**

En el caso *sub examine*, se tiene que la accionante pretende la nulidad del acto administrativo mediante el cual CREMIL le negó el reconocimiento de la asignación de retiro del fallecido Suboficial Primero ® ARC Horacio Alfredo Charria Herrera y solicita que se le tenga en cuenta para analizar el reconocimiento pensional, por el principio de favorabilidad, la Ley 12 de 1975 y la Ley 100 de 1993, en su versión original.

Por su parte la accionada alega que dicho reconocimiento no es viable porque la compañera permanente no está incluida dentro del núcleo familiar beneficiario de esta prestación, conforme al artículo 185 del Decreto 1211 de 1990, vigente para la época del fallecimiento del causante.

De acuerdo con las pruebas recaudadas y el marco jurídico expuesto, en primer lugar, se debe establecer cuál es la norma en la cual se basará la Sala para resolver el caso en concreto, de cara al principio de favorabilidad invocado por la parte accionante y de acuerdo con la interpretación jurisprudencial del Consejo de Estado, que permite, la aplicación de dicho principio, a los regímenes especiales como el de las Fuerzas Militares:

Al respecto, sea lo primero advertir que el señor Horacio, falleció el 25 de enero de 1993, fecha en la cual se encontraba vigente el Decreto 1211 de 1990 y la Ley 12 de 1975.

Así las cosas, conforme a las normas precitadas, la Sala puede concluir que, si bien es cierto, en principio, al causante le es aplicable el Decreto 1211 de 1990, por la especialidad del régimen para los miembros de las Fuerzas Militares, no es menos cierto que el Consejo de Estado ya ha decantado que a los regímenes especiales, en razón del principio de favorabilidad, se les puede aplicar las normas de la seguridad social consagrados para el régimen común, pues no tiene razón de ser la aplicación de las normas especiales, cuando estas consagran una desmejora frente al régimen general, al respecto a expresado el H. Consejo de Estado<sup>33</sup>:

---

<sup>33</sup> Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda - Subsección “A” Radicación No. 760012331000200304045 01 (1371-07) Demandante: Maricela López Villabuena.



13001-23-33-000-2017-00506-00

*Ahora, como lo ha señalado esta Sala en casos similares al que se juzga en este proceso, a las excepciones en la aplicación de las normas generales por la existencia de normas especiales que gobiernen un caso concreto, debe recurrirse sólo en tanto la norma especial resulte más favorable que el régimen general; lo contrario implicaría que una prerrogativa conferida por una Ley a un grupo de personas, se convierta en un obstáculo para acceder a los derechos mínimos consagrados en la Ley para la generalidad, como ocurre en el caso que se examina, en el cual las previsiones contenidas en los artículo 46 y 48 de la Ley 100 de 1993 en cuanto a la pensión de sobrevivientes, resultan más favorables que las prestaciones reconocidas por muerte en situaciones especiales a los Agentes de la Policía Nacional en el ordenamiento que rige la materia, por lo que la definición del asunto no puede conducir a la decisión adoptada por la Entidad demandada, que negó la prestación en aplicación de dicho régimen especial. Así pues, se harán efectivas las consideraciones anteriormente consignadas al caso que ocupa la atención de la Sala, dejando de lado por razones de equidad las disposiciones del Decreto 1213 de 1990, pues sin duda alguna, si el causante cumplía los requisitos para ser acreedor a la pensión de sobrevivientes contemplada en el régimen general y no las previstas en el régimen especial, resulta forzoso concluir que, en aras al principio de favorabilidad y en desarrollo del principio de igualdad, sus beneficiarios tienen derecho a la pensión de sobrevivientes prevista en la Ley 100 de 1993, desde luego, si reunían las condiciones para ello.*

Así pues, deberá la Corporación determinar si bajo los supuestos de la Ley 12 de 1975, la actora es acreedora de la sustitución pensional del señor Horacio Charria Herrera. La norma consagra:

*ARTÍCULO 1º.- El cónyuge supérstite o la compañera permanente de un trabajador particular o de un empleado o trabajador del sector público, y sus hijos menores o inválidos, tendrán derecho a la pensión de jubilación del otro cónyuge si éste falleciere antes de cumplir la edad cronológica para esta prestación, pero que hubiere completado el tiempo de servicio consagrado para ella en la Ley, o en convenciones colectivas.*

*ARTÍCULO 2º.- Este derecho lo pierde el cónyuge sobreviviente cuando por su culpa no viviere unido al otro en el momento de su fallecimiento, o cuando contraiga nuevas nupcias o haga vida marital, y los hijos por llegar a la mayoría de edad o cesar la incapacidad.*

Nótese que esta norma, no consagra un requisito convivencia temporal especial como el de la Ley 100 de 1993 para ser acreedor de una sustitución pensional, por el contrario, la Ley 12 de 1975, solo exige la calidad de compañera permanente para que se pueda ser beneficiario de dicha prestación y conforme a la interpretación dada por la Corte Suprema de

13001-23-33-000-2017-00506-00

Justicia, arriba analizada, dicha ley, le es aplicable a la compañera permanente del pensionado.

Ahora bien, la Ley 54 de 1990, por la cual se definen las uniones maritales de hecho y régimen patrimonial entre compañeros permanentes. Establece en su artículo primero que se denomina Unión Marital de Hecho, la formada entre un hombre y una mujer, que sin estar casados, hacen una comunidad de vida permanente y singular. Igualmente, y para todos los efectos civiles, se denominan compañero y compañera permanente, al hombre y la mujer que forman parte de la unión marital de hecho.

Por su parte, la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia<sup>34</sup> ha precisado que dentro del ámbito de la seguridad social, la calidad de compañero permanente, no se adquiere por una declaración formal ante notario, ni por ninguna otra ritualidad, sino por el devenir cotidiano de la pareja que comparte su vida con la intención de conformar una familia y por la voluntad responsable de hacerlo, en los términos del artículo 42 de la Constitución Política.

En ese sentido, para la prueba de la condición de compañero (a) permanente y demostración de la convivencia tiene establecido la jurisprudencia de dicha Corte, que se aplica el principio operante en materia laboral de libertad probatoria, reconocida a los jueces de esa especialidad por el artículo 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, pues no ha previsto la ley solemnidad alguna o prueba ad substantiam actus.

Por su parte el Consejo de Estado<sup>35</sup> en la materia ha expresado

*(...) se tiene que existe unión marital de hecho, cuando un hombre y una mujer, o dos personas del mismo sexo, que sin estar casados entre sí, hacen una comunidad de vida permanente y singular. Igualmente, y para todos los efectos civiles, se denominan compañero y compañera permanente, al hombre y la mujer, o a las personas del mismo sexo, entendiendo por comunidad, la convivencia formal o material, de forma permanente y singular, cuya intención no es otra que la voluntad de fundar una familia, con todo lo que ello supone, y que, por consiguiente, la comunidad de vida que conformaron, sí es constitutiva de la institución en comento, cuyo reconocimiento dependerá, además, de que los integrantes de dicha relación la hayan preservado y continuado en el tiempo.*

<sup>34</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Jorge Mauricio Burgos Ruiz. Magistrado Ponente, SL5524-2016, Radicación n.º 59750, veintisiete (27) de abril de dos mil dieciséis (2016).

<sup>35</sup> Consejo de Estado, Sección Segunda, expediente 25000-23-42-000-2013-02719-01 (2535-14)



13001-23-33-000-2017-00506-00

También se debe precisar, que una cosa es la conformación de la unión marital de hecho al tenor del artículo 1º de la Ley 54 de 1990, y otra es la conformación de la sociedad patrimonial contemplada en el artículo 2º *ibídem*, tal como lo ha sostenido la jurisprudencia citada[60], pues la primera no depende de un término concreto, sino de la voluntad para conformarla, de la singularidad de la relación, y del acompañamiento constante y permanente, que permita vislumbrar estabilidad y compromiso de vida en pareja; y la segunda, que regula las relaciones económicas de esta forma de familia, sí requiere un tiempo mínimo de dos (2) años para que sea presumida por ministerio de la ley o pueda ser declarada judicialmente o de manera voluntaria.

(...) dicho de otra manera, la persona reclamante de la pensión de sobrevivientes, puede hacerlo en su calidad de compañera (o) permanente, aun cuando esté casada, porque igual que el decujus, puede tener ambos vínculos concomitantes para estos efectos, el convencional y el de hecho.

Ahora, en lo concerniente a como se puede acreditar la calidad de compañera permanente, la Corte Constitucional<sup>36</sup>, ha determinado:

De acuerdo con el Decreto 1889 de 1994, la calidad de compañero (a) permanente se puede probar así:

ARTICULO 11. PRUEBA DE LA CALIDAD DE COMPAÑERO PERMANENTE. Se presumirá compañero o compañera permanente, quien haya sido inscrito como tal por el causante en la respectiva entidad administradora. Igualmente, se podrá acreditar dicha calidad por cualquier medio probatorio previsto en la ley.

El artículo 175 del Código de Procedimiento Civil establece los medios probatorios así:

*“Sirven como pruebas, la declaración de parte, el juramento, el testimonio de terceros, el dictamen pericial, la inspección judicial, los documentos, los indicios y cualesquiera otros medios que sean útiles para la formación del convencimiento del juez” (subrayas fuera de texto).*

Lo anterior, para así concluir, que la Ley 12 de 1975 y la interpretación que de ella ha realizado la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, no consagró un límite temporal de tiempo para reconocer como beneficiaria de la sustitución pensional, a la compañera permanente del causante y que, a fin de acreditar dicha calidad, se acepta como medio probatorio

<sup>36</sup> CORTE CONSTITUCIONAL. SENTENCIA T-592/10. Referencia: Expediente T-2.596.811. Magistrado Ponente: MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO. Veintisiete (27) de julio de dos mil diez (2010).



13001-23-33-000-2017-00506-00

idóneo cualquier medio de prueba, en el que se acredite *la convivencia material* con todo lo que ello supone, esto es: *La convivencia sustentada en la afectividad y en vínculos emocionales conjuntos que suele manifestarse en la búsqueda común de los medios de subsistencia, en la compañía mutua o en el apoyo moral, así como en la realización de un proyecto compartido que redunde en el bienestar de cada uno de los integrantes de la familia y en el logro de su felicidad*<sup>37</sup>.

Puesta así las cosas y confrontando los anteriores supuestos al caso concreto, se tiene que el señor Alfredo Charria Herrera, con fundamento en el artículo 131 del Decreto Ley 612 de 1977, se le reconoció asignación de retiro mediante la Resolución No. 0339 del 20 de abril de 1982<sup>38</sup>.

Para acreditar la calidad de compañera permanente y la convivencia, Sala encuentra que fueron aportados declaraciones extrajudiciales -que podrán ser valoradas como quiera que, frente a estas, no se solicitó ratificación de las declaraciones conforme al artículo 222 del C.G.P.-, en dichas pruebas se consignó, que la señora Aura Elisa Herrera de Charria, madre del causante, el día 31 de marzo del 1993, expresó que le constaba que su hijo, quien se encontraba separado de su cónyuge, había mantenido con la señora Yamile Zafadi, una relación en la cual nació su nieto y que su hijo, era quien velaba por ella en cuanto a vivienda, alimentación, vestido, drogas, etc<sup>39</sup>.

Concordante con lo anterior, en el interrogatorio de parte, la señora Yamile Zafady manifestó que, en 1989, había conocido al señor Horacio y que, en 1990, empezó a convivir con él *desde febrero de 1990 hasta la fecha en que él murió*. Cuando se le cuestionó por la economía del hogar, la actora expresó que él era el encargado de todos los gastos, porque ella había renunciado y describió los lugares en los que había vivido con el señor Horacio Charra en la ciudad de Barranquilla y Santa Marta.

Pues bien, de lo expresado por la demandante, no le queda a la Sala, de la calidad de compañera permanente de la accionante y la convivencia de la actora con el señor Horacio, la cual inició en el año 1990 y se extendió hasta el día de su fallecimiento, esto es, el 25 de enero del 1993, por lo que es posible concluir que se encuentra acreditado el requisito de convivencia material entre los compañeros permanente.

<sup>37</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Jorge Mauricio Burgos Ruiz. Magistrado Ponente, SL5524-2016, Radicación n.º 59750, veintisiete (27) de abril de dos mil dieciséis (2016).

<sup>38</sup> Folios 11 – 14, consta en Resolución 816 de 1993, expediente digital documento denominado 01Cuaderno#1.

<sup>39</sup>Folios 143, Expediente digital documento denominado 01Cuaderno#1.

13001-23-33-000-2017-00506-00

En ese orden, el acto administrativo demandado no se encuentra ajustado a derecho, pues de conformidad con el principio de favorabilidad, en los términos analizado, a la actora se le debe aplicar la Ley 12 de 1975 la cual permite el reconocimiento prestacional a la compañera permanente y no exige un término específico para establecer la convivencia entre el causante y el beneficiario de la Prestación pensional, basta con que se acredite la convivencia entre las partes y no se haya incurrido en el supuesto contemplado en el numeral segundo de la precitada ley, esto es: i) que no viviere unido al otro en el momento de su fallecimiento o ii) haya contraído nuevas nupcias, condiciones que no se encuentran demostradas en el plenario.

### **5.3 De la Prescripción de las mesadas pensionales<sup>40</sup>.**

La pensión y/o asignación de retiro es una prestación económica social, de orden constitucional, de naturaleza periódica o de tracto sucesivo, que es imprescriptible. Dado el carácter de imprescriptible del derecho pensional, el interesado pueda formular solicitud de reconocimiento de su derecho en cualquier tiempo. El término de prescripción extintiva que establece el legislador se aplica respecto de los créditos o mesadas pensionales, pero no frente al derecho.

La prescripción extintiva de las mesadas pensionales opera por el tiempo que establezca el legislador, contados hacia atrás desde la fecha en que se efectuó la reclamación gubernativa. Ahora, si bien el derecho al reconocimiento de la asignación de retiro es de carácter imprescriptible ya que se causa día a día y se puede solicitar en cualquier época por el interesado, también es cierto que las mesadas pensionales están sujetas a término de prescripción, el cual para el caso de las personas que se benefician del Decreto 1211 de 1990, corresponde a aquellas causadas 4 años antes de la fecha en que se haya formulado la respectiva reclamación administrativa ante la entidad demandada.

Para el caso concreto se tiene que la accionante, el **día 28 de abril del 2016**, solicitó ante la accionada, el reconocimiento y pago de la sustitución pensional<sup>41</sup>, por lo tanto, las mesadas anteriores al **28 de abril del 2012**, se encuentran prescrita conforme al análisis precitado, por lo que la accionada deberá cancelar las mesadas con base al reconocimiento

<sup>40</sup> CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION SEGUNDA, SUBSECCIÓN B, Consejero ponente: CÉSAR PALOMINO CORTÉS, veintiuno (21) de agosto de dos mil veinte (2020), Radicación número: 25000-23-42-000-2015-05560-01 (0727-19)

<sup>41</sup> Folio 10 cuaderno No. 1 del expediente digital.



13001-23-33-000-2017-00506-00

pensional reconocido al señor Horacio Alfredo Charria Herrera mediante Resolución No. 0339 del 20 de abril de 1982.

Finalmente, frente a la señora María Auxiliadora Muñoz Cárdenas, representada por el Curador ad litem, la Sala se abstendrá de efectuar reconocimiento pensional por cuanto en el caso de marras no se resolvió conforme a la Ley 100 de 1993, modificado por la Ley 797 del 2003, que permite la simultaneidad del reconocimiento pensional entre la cónyuge y la compañera permanente.

### **5.3. CONDENA EN COSTAS.**

De conformidad con lo establecido en el artículo 365 del Código General del Proceso, aplicado por remisión del artículo 188 del CPACA, se dispondrá no condenar en costas a la parte vencida en el proceso, pues su posición se encontraba fundamentada en la ley vigente al momento de los hechos.

### **5.4. LA DECISIÓN**

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. 816 del 11 de mayo de 1993, proferida por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares – CREMIL, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO:** CONDENAR a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares – CREMIL a reconocer y pagar pensión de sobreviviente a la señora Yamile Zafady Yohaid en calidad de compañera permanente, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia, desde el **28 de abril del 2012**.

**TERCERO:** DECLARAR prescritas las mesadas pensionales anteriores al 28 de abril del 2012.

**CUARTO:** Condenar en costas a la parte demandada, las cuales serán liquidadas por secretaria.



13001-23-33-000-2017-00506-00

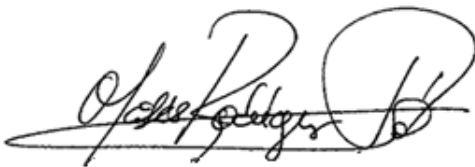
**QUINTO:** Por secretaria organícese el expediente conforme a las reglas de gestión documental.

**SEXTO:** Una vez ejecutoriada la presente providencia, ARCHÍVESE el expediente, de conformidad con las tablas de retención documental aprobadas por el Consejo Superior de la Judicatura.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**



**JOSÉ RAFAEL GUERRERO LEAL**



**MOISÉS DE JESÚS RODRÍGUEZ PÉREZ**

**MARCELA DE JESÚS LÓPEZ ÁLVAREZ**

**-Salvamento de voto-**

*La anterior firma corresponde al proceso con número de radicado 13001-23-33-000-2017-00506-00.*