



Cartagena de Indias D, T y C, veintisiete (27) de septiembre de dos mil diecinueve (2019)

I. RADICACIÓN, IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO Y DE LAS PARTES.

Medio de control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicado	13-001-33-33-005-2013-00122-01
Demandante	DANNYS MONTALVO HERRERA
Demandado	CREMIL
Tema	PENSIÓN DE SOBREVIVIENTE
Magistrado Ponente	LUIS MIGUEL VILLALOBOS ÁLVAREZ

I. PRONUNCIAMIENTO

Procede la Sala de Decisión a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte vinculada señora YOLANDA MARTÍNEZ DE GASTELBONDO contra la sentencia de fecha 2 de octubre de 2014, proferida por el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante la cual se concedieron las pretensiones de la demanda.

II. ANTECEDENTES

1. PRETENSIONES

Pretende la actora que se declare la nulidad de la Resolución No. 0182 del 17 de febrero de 1995, por la cual se reconoce pensión de beneficiarios por el fallecimiento del señor ALDO MIGUEL GASTELBONDO DE LA VEGA, y de la Resolución No. 0768 del 15 de mayo de 1997, por la cual le ordena la redistribución de la pensión de beneficiarios, expedidas por el Director General de CREMIL.

Que a título de restablecimiento del Derecho, se reconozca la pensión de beneficiarios del finado ALDO MIGUEL GASTELBONDO DE LA VEGA, a la demandante DANNYS MONTALVO HERRERA en calidad de compañera permanente supérstite, con retroactividad a 30 de diciembre de 1994.

Código: FCA - 008 Versión: 01 Fecha: 18-07-2017





2. HECHOS

En apoyo de sus pretensiones la accionante manifiesta lo siguiente:

La señora DANNYS MONTALVO HERRERA convivió por más de 20 años, bajo el mismo techo, de manera permanente y continúa con el finado señor ALDO MIGUEL GASTELBONDO DE LA VEGA, quien en vida devengaba una asignación de retiro (Pensión) reconocida y pagada por la demandada CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES.

Entre la pareja conformada por mi poderdante y el finado ALDO MIGUEL GASTELBONDO DE LA VEGA, nacieron los siguientes hijos: ERICK, JACK, GARY y DANNYS DAYANA GASTELBONDO MONTALVO.

Con ocasión del fallecimiento de su compañero, ocurrido el día 30 de diciembre de 1994, mi poderdante solicitó la Pensión de Beneficiarios o de Sobreviviente para sí y para sus menores hijos en ese entonces JACK y DANNYS DAYANA GASTELBONDO MONTALVO, petición que fue resuelta mediante la Resolución No. 0768 de fecha 15 de Mayo de 1997, por la cual se negó el derecho solicitado por cuanto la señora YOLANDA MARTINEZ DE GASTELBONDO, probó su convivencia con el causante hasta el momento de su fallecimiento en calidad de cónyuge sobreviviente

Pese a que la demandante convivió con el finado por más de veinte (20) años y procrearon cuatro (4) hijos, la prestación solicitada le fue negada, con motivos superfluos, además sin tener en cuenta el conflicto de intereses presentado por los reclamantes, dado que en estos casos dicho conflicto debe ser dirimido por la justicia ordinaria.

3. SENTENCIA APELADA

El Juzgado Octavo Administrativo del Circuito Judicial de Cartagena en sentencia del 2 de octubre de 2014, concedió las pretensiones de la demanda, en consideración a que en aplicación de un criterio material y en procura de obtener la protección del grupo familiar, lo procedente es





otorgar la asignación de retiro que devengaba por el causante de forma compartida.

Lo anterior porque, del material probatorio se deduce que las dos señoras pueden ser beneficiarias de la sustitución pensional, ya que la cónyuge tenía el vínculo conyugal vigente y además dependía económicamente del causante y, la compañera permanente, porque materialmente vivió con el finado los últimos 18 años de su vida, conformando una verdadera familia. En suma mantuvieron relaciones afectivas y de apoyo con el causante durante su vida (Fls. 189 – 209).

4. RECURSO DE APELACIÓN.

La vinculada señora YOLANDA MARTÍNEZ DE GASTELBONDO interpuso recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, manifestando que no se puede aplicar de manera retroactiva la ley, por un lado cuando el A quo estudia la caducidad del medio de control a la luz del CPACA, cuando lo procedente para el momento de la causación del derecho, era la aplicación del Decreto 01 de 1984, que no dispuso que pudiera demandarse en cualquier tiempo el derecho a la sustitución de la asignación de retiro; y por otro lado, aplicó indebidamente los artículos 9 de la Ley 447 de 1998 y 13 de la Ley 797 de 2003, cuando la misma Constitución dispuso que se respetarían los derechos adquiridos.

Finalmente, que el causante no recibió los últimos afectos por quien invoca la calidad de compañera permanente; quedó demostrado que la cónyuge sobreviviente fue quien brindó los último momentos de afecto, socorro, auxilio y apoyo mutuo al causante. (Fls. 213 – 223)

5. TRÁMITE PROCESAL SEGUNDA INSTANCIA

Con auto de fecha 15 de febrero de 2016, se admitió el recurso de apelación interpuesto por la vinculada Yolanda Martínez De Gastelbondo (Fl. 14 Cdr. 2). Mediante auto del 12 de mayo de 2016 se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión (Fl. 19 Cdr. 2).





La parte vinculada alegó de conclusión reiterando lo expuesto en el recurso de apelación, solicitando se revoque la sentencia de primera instancia (Fls. 21 - 31).

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 previsto en el artículo 207 del CPACA, sin encontrarse ningún vicio que acarree nulidad de lo actuado. Por ello, y como en esta instancia tampoco se observan irregularidades que acarreen la nulidad del proceso o impidan proferir decisión de fondo, se procede a resolver la alzada.

IV. CONSIDERACIONES

1. Competencia

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 153 del CPACA, este Tribunal Administrativo es competente para conocer en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias proferidas en primera instancia por los jueces administrativos.

2. Problema jurídico.

El problema jurídico a resolver, consiste en determinar si le asiste razón a la actora DANNYS MONSALVO HERRERA a que le sea reconocida por parte de CREMIL, la sustitución de la asignación de retiro, con ocasión del fallecimiento de su compañero permanente ALDO MIGUEL GASTELBONDO DE LA VEGA; o si por el contrario, la misma debe seguir reconocida en cabeza de la señora YOLANDA MARTÍNEZ DE GASTELBONDO en su calidad de cónyuge supérstite.

3. Tesis de la sala.

La Sala confirmará la sentencia de primera instancia, en consideración a que si bien es cierto, en el plenario no quedó demostrada una convivencia simultánea con la cónyuge y la compañera permanente, si se probó la





existencia de la unión conyugal con separación de hecho, sobre la cual el causante hasta su fallecimiento apoyo económicamente, de lo que se deriva solidaridad afectiva hacía ese núcleo familiar; y por otro lado, convivió con su compañera permanente, quien también dependía económicamente de este, razón por la cual la sustitución pensional en el presente asunto debe hacerse de manera concurrente con la cónyuge supérstite, tal como lo decidió el A quo.

La anterior tesis se soporta en los argumentos que se exponen a continuación.

4. Marco normativo y jurisprudencial.

4.1 Régimen legal de la pensión de sobrevivientes por muerte de Oficiales y Suboficiales de la Fuerza Pública en goce de asignación de retiro o pensión

Conforme al artículo 48 de la Constitución Política, 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 determine la ley.

A través de la Ley 100 de 1993, el legislador organizó el sistema de seguridad social integral (régimen general), en lo relacionado con el régimen de pensiones, su objetivo fue garantizar a la población el amparo contra las eventualidades derivadas de la vejez, la invalidez y la muerte, mediante el reconocimiento de las pensiones y prestaciones que se determinan en la citada ley.

En el caso de quienes han seguido la carrera profesional de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares, y en atención a la fecha de causación del derecho que aquí se discute, el régimen especial de seguridad social aplicable se encuentra contenido en el Decreto 1211 de 1990, toda vez que en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993 se contempló la inaplicabilidad del Sistema Integral de Seguridad Social allí previsto respecto de los miembros de la Fuerza Pública.

En efecto, el Decreto 1211 de 1990 consagra en su artículo 195 la pensión de sobrevivientes en aquellos eventos en que el causante de la misma es un

Código: FCA - 008 Versión: 01 Fecha: 18-07-2017





Oficial o Suboficial de las Fuerzas Militares que fallece en goce de asignación de retiro o pensión y lo hace en los siguientes términos:

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

En ese orden de ideas, los Oficiales o Suboficiales de las Fuerzas Militares que fallezcan luego de haber satisfecho los requisitos legales para acceder a la asignación mensual de retiro o a una pensión, en teoría pueden dejar cubiertas las necesidades de subsistencia de quienes dependían económicamente de ellos ya que la normativa citada les otorga a estos el derecho a recibir, según el régimen de beneficiarios normativamente establecido, una pensión de sobrevivientes en igual cuantía a la de la prestación de que disfrutaba en vida el causante.

4.2 Beneficiarios de la pensión de sobrevivientes en el régimen especial de Oficiales y Suboficiales de la Fuerza Pública.

De conformidad con el artículo 185 del Decreto 1211 de 1990, tienen derecho a la sustitución de la asignación de retiro los miembros del grupo familiar del Oficial o Suboficial que fallezca en servicio activo o en goce de asignación de retiro o pensión por vejez, en el siguiente entre otros:

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

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

Ahora bien, frente a la aplicación e interpretación del Decreto 1211 de 1990, ha precisado el Consejo de Estado¹ que se debe tener en cuenta lo previsto en la Constitución Política de 1991, a partir de la cual tomó especial

¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia de 28 de agosto de 2003, Consejero Ponente Jesús María Lemus Bustamante, número interno 6082-2002; ii) Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B sentencia de 31 de enero de 2008, Consejera Ponente Bertha Lucía Ramírez de Páez, número interno 0437 de 2000.





importancia bajo un marco de igualdad jurídica y social, la familia constituida por vínculos naturales y se protegió y se reconoció como beneficiarias de las sustituciones de las asignaciones de retiro por derecho a la igualdad a las compañeras permanentes siempre y cuando se demuestre la convivencia, es decir, la vida en común, la comprensión, el auxilio y apoyo mutuo con el causante.

Así mismo, el artículo 188 del Decreto 1211 de 1990 consagra los supuestos bajo los cuales termina la calidad de beneficiarios de la pensión de sobreviviente, así:

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

Bajo estos supuestos, si bien los artículos 185 y 195 del Decreto 1211 de 1990, no se refiere a la posibilidad de que el compañero o compañera permanente de los miembros de la Fuerzas Militares puedan beneficiarse de la sustitución de la prestación de retiro causada en vida o con su muerte, el entendimiento de estas normas, en vigencia de la Constitución Política de 1991, no puede ser otro distinto a la posibilidad de que el compañero y/o compañera permanente tenga los mismos derechos prestacionales que el cónyuges supérstite, puntualmente en lo que se refiere a la posibilidad de figurar como beneficiarios de la prestación de retiro antes anotada.

En este mismo sentido, la jurisprudencia del Consejo de Estado, frente a los conflictos que se suscitan entre los posibles titulares del derecho a la sustitución pensional, cónyuge y compañera permanente, ha establecido factores como el auxilio o apoyo mutuo, la convivencia efectiva, la comprensión y la vida en común al momento de la muerte para definir quien cuenta con la legitimación frente al derecho prestacional reclamado².

² Sentencia de 1º de junio de 2006. Rad. 4369-2002 C.P. Dr. Tarsicio Cáceres Toro.





En otras palabras, el criterio material de convivencia y no el criterio formal de un vínculo ha sido un factor determinante y reconocido por la jurisprudencia para determinar a quién le asiste el derecho a la sustitución pensional; criterio fundamental para establecer quién tiene el derecho a la sustitución pensional cuando surge conflicto entre la cónyuge y la compañera, es establecer cuál de las dos personas compartió la vida con el causante durante los últimos años, para lo cual no tiene relevancia el tipo de vínculo constitutivo de la familia afectada por la muerte de quien da lugar al reconocimiento prestacional.

No obstante lo anterior, en pronunciamientos recientes la Sección Segunda³ frente al requisito de la convivencia con el causante de la prestación a sustituir, en el caso de la cónyuge separada de hecho como posible beneficiaria de la sustitución, ha priorizado los criterios de apoyo mutuo y solidaridad, en los siguientes términos:

*"(...) En este aspecto ha sido la jurisprudencia de esta Corporación (...) la que ha tenido la iniciativa de extender la protección, en forma simultánea al cónyuge original y compañera (o), por partes iguales, cuando a pesar de la separación del cónyuge, con el cual se han procreado hijos, existe un vínculo de hecho con el cual se hizo vida marital hasta el fallecimiento, **siempre y cuando se haya mantenido con el cónyuge el apoyo económico y solidaridad afectiva. Se ha agregado también que esta solución tiene fuente constitucional, dado que evita la desprotección del cónyuge y que conforme a la Carta, el Estado, la sociedad y la familia deben concurrir para la protección y asistencia de las personas de la tercera edad. (...).**"*

Teniendo en cuenta el marco normativo y jurisprudencial que antecede, concluye la Sala que el Constituyente de 1991 le otorgó una especial protección a la institución familiar cualquiera sea la modalidad por la que se opte para su conformación, esto es, por vínculo natural o jurídico. Lo anterior, como quedó visto se traduce, entre otros aspectos, en la igualdad de derechos en materia prestacional entre los cónyuges y los compañeros permanentes y la posibilidad en concreto de que a la muerte del causante de una prestación de naturaleza pensional el compañero o compañera permanente pueda acceder a la misma bajo la figura de la sustitución pensional incluso de manera concurrente con el cónyuge supérstite, según sea el caso.

³ Sentencias de 30 de abril de 2009. Rad. 1374-2005. M.P. Alfonso Vargas Rincón; 12 de junio de 2014. Rad. 2336-2013. M.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren y 12 de febrero de 2015. Rad. 1974-2010. M.P. Gerardo Arenas Monsalve





5. EL CASO CONCRETO.

5.1. Hechos relevantes probados.

- Mediante Acuerdo No. 1013 de 12 de junio de 1975, aprobado por Resolución No. 418 del 21 de julio de 1975, la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES reconoció y ordenó pagar al Sargento 1° del Ejército señor ALDO MIGUEL GASTELBONDO DE LA VEGA una asignación de retiro (Fls. 57 – 58); el señor Gastelbondo falleció el 30 de diciembre de 1994 (Fl. 64).
- La señora YOLANDA MARTÍNEZ DE GASTELBONDO contrajo matrimonio con el causante el 27 de diciembre de 1964, con quien tuvo 3 hijos (Fl. 52 - 53).
- Mediante Resolución No. 0182 del 17 de febrero de 1995, CREMIL ordenó el reconocimiento y pago de unos haberes y una pensión de beneficiario a favor de la señora YOLANDA MARTÍNEZ DE GASTELBONDO, en calidad de cónyuge del causante (Fls. 65 – 66).
- Los señores JANETH CABALLERO POSSO, EDISA MARTHA DE MOYA DE SOLANO Y NAYID ANTONIO AWAD VIRVIESCA rindieron testimonio indicando que la cónyuge YOLANDA MARTÍNEZ DE GASTELBONDO dependió económicamente del causante hasta el momento de su fallecimiento; y que este último se trasladaba constantemente entre las ciudades de Cartagena y Barranquilla.
- El señor ALDO MIGUEL GASTELBONDO DE LA VEGA procreó 2 hijos con la señora DANNYS MONTALVO HERRERA (Fls. 71 - 72).
- Los señores ADELAYDA ALCAZAR YAGUNA y JORGE TRILLOS BUSTAMANTE rindieron testimonio indicando que, el causante ALDO MIGUEL GASTELBONDO DE LA VEGA convivía en la misma casa con DANNYS MONTALVO HERRERA, compartiendo como pareja desde inicios de los años 80.

5.2 Del análisis crítico de las pruebas frente al marco normativo y jurisprudencial.

Código: FCA - 008

Versión: 01

Fecha: 18-07-2017





En el presente asunto, el A quo consideró que tanto la cónyuge como la compañera permanente pueden ser beneficiarias de la sustitución pensional, ya que la primera tenía el vínculo conyugal vigente y además dependía económicamente del causante y, la segunda, materialmente vivió con el finado los últimos 18 años de su vida, conformando una familia, que en suma, ambas mantuvieron relaciones afectivas y de apoyo con el causante durante sus últimos años de vida.

La parte vinculada señora YOLANDA MARTÍNEZ DE GASTELBONDO, en su recurso de apelación indicó que el A quo aplicó la ley de forma retroactiva, cuando a la luz de la Constitución la cónyuge tenía derechos adquiridos; así mismo, manifestó que el causante no recibió los últimos afectos por quien invoca la calidad de compañera permanente; quedó demostrado que la cónyuge sobreviviente fue quien brindó los último momentos de afecto, socorro, auxilio y apoyo mutuo al causante.

Del marco normativo y jurisprudencial citado se tiene que, la Constitución Política de 1991 le otorgó una especial protección a la institución familiar cualquiera sea la modalidad por la que se opte para su conformación, esto es, por vínculo natural o jurídico; lo que se traduce, entre otros aspectos, en la **igualdad de derechos en materia prestacional entre los cónyuges y los compañeros permanentes** y la posibilidad en concreto de que a la muerte del causante de una prestación de naturaleza pensional el compañero o compañera permanente pueda acceder a la misma bajo la figura de la sustitución pensional incluso de manera concurrente con el cónyuge supérstite, según sea el caso.

Analizadas las pruebas en su conjunto, advierte esta Magistratura que el causante tenía un vínculo matrimonial vigente con la señora YOLANDA MARTÍNEZ DE GASTELBONDO, unión de la que nacieron 3 hijos, y que conforme a la prueba testimonial practicada, la cónyuge siempre dependió económicamente del causante, hasta el momento de su deceso; lo que demuestra que mantenía con la cónyuge apoyo económico y solidaridad afectiva.

También quedó demostrado que la señora DANNYS MONTALVO HERRERA

Código: FCA - 008

Versión: 01

Fecha: 18-07-2017





mantenía una relación de pareja desde los años 80s con el señor ALDO MIGUEL GASTELBONDO DE LA VEGA, de la cual nacieron 2 hijos, y que convivió con el causante hasta el momento de su fallecimiento, dependiendo económicamente de él.

Así las cosas, si bien es cierto, en el plenario no quedó demostrada una convivencia simultánea con la cónyuge y la compañera permanente, si se probó la existencia de la unión conyugal con separación de hecho, sobre la cual el causante hasta su fallecimiento apoyo económicamente, de lo que se deriva solidaridad afectiva hacia ese núcleo familiar; y por otro lado, convivió con su compañera permanente, quien también dependía económicamente de este, razón por la cual la sustitución pensional en el presente asunto debe hacerse de manera concurrente con la cónyuge supérstite, tal como lo decidió el A quo, siendo necesario confirmar el fallo apelado.

Conforme lo expuesto, esta Magistratura confirmará la sentencia de primera instancia que reconoció el derecho a la sustitución pensional de manera concurrente entre la cónyuge y la compañera permanente.

6. 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 dispone condenar en costas a la parte *"a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación"*, y de conformidad con el numeral 8° del mismo artículo, según el cual solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron.

Así las cosas, se condenará al pago de las costas de segunda instancia a la parte recurrente, esto es la señora YOLANDA MARTÍNEZ DE GASTELBONDO, las cuales serán liquidadas por el Juez de primera instancia de acuerdo con lo señalado en el artículo 366 del CGP.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR**

Código: FCA - 008

Versión: 01

Fecha: 18-07-2017





administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

IV. FALLA

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de fecha dos (2) de octubre de dos mil catorce (2014), proferida por el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante la cual se concedieron las pretensiones de la demanda, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

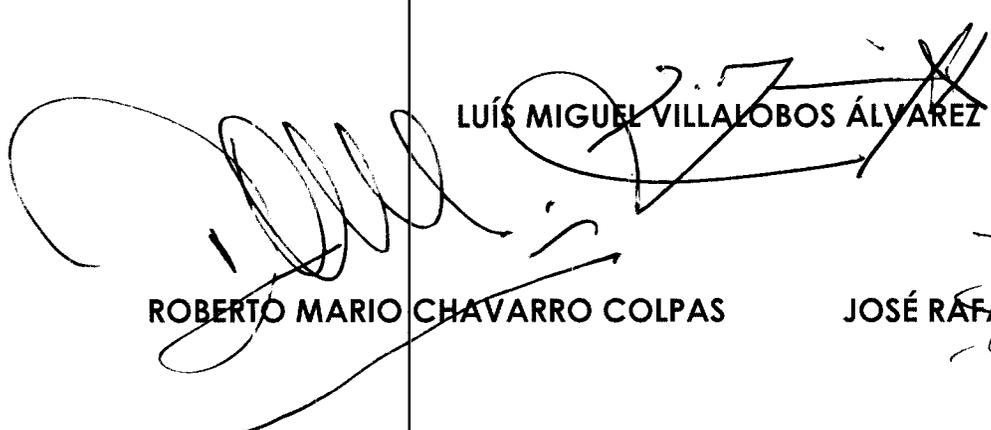
SEGUNDO: CONDENAR en Costas a la parte recurrente señora YOLANDA MARTÍNEZ DE GASTELBONDO, en los términos de los artículos 365 y 366 del CGP las cuales serán liquidadas por el juez de primera instancia.

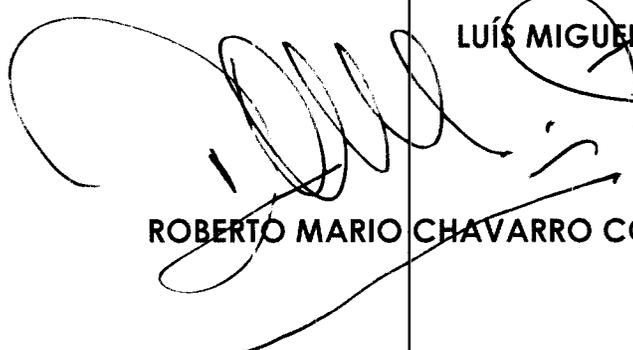
TERCERO: Ejecutoriada la presente providencia, **DEVOLVER** el expediente al juzgado de origen, previas las anotaciones de rigor.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Constancia: el proyecto de esta providencia fue considerado y aprobado por la Sala, en sesión de la fecha.

LOS MAGISTRADOS


LUÍS MIGUEL VILLALOBOS ÁLVAREZ


ROBERTO MARIO CHAVARRO COLPAS


JOSÉ RAFAEL GUERRERO LEAL