



Cartagena de Indias D. T. y C, cuatro (04) de octubre de dos mil diecinueve (2019).

I. IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO, RADICACIÓN Y PARTES INTERVINIENTES

Medio de control	Nulidad y restablecimiento del derecho
Radicado	13-001-23-33-000-2014-00310-00
Demandante	Paulina López de Cuellar
Demandado	CREMIL
Magistrado Ponente	Edgar Alexi Vásquez Contreras
Tema	Sustitución de asignación de retiro

II.- PRONUNCIAMIENTO

Procede la Sala en primera instancia el proceso de la referencia.

III. ANTECEDENTES

3.1 La demanda (f. 1 - 13).

a. Pretensiones: La demandante solicitó lo siguiente.

1. Declare la nulidad de los actos administrativos demandados así: de la Resolución No. 1497 del 22 septiembre de 1994, artículo 1º, en cuanto al 50% que le correspondería a mi mandante, nulidad total del artículo 2º.

Y la totalidad de la Resolución No. 0373 de fecha 24 de marzo de 1995, mediante la cual se rechaza recurso de reposición interpuesto contra la Resolución 1497 del 22 de septiembre de 1.994 por la señora Paulina López Vda. De Cuellar que fue... notificada.

2. Como consecuencia de lo anterior, ordene a la CREMIL que reconozca en la señora Paulina López De Cuellar una sustitución pensional en calidad de esposa del finado Suboficial Primero ® ARC Pablo Antonio Cuellar Cabrera, desde la fecha en que se generó el derecho hasta la actualidad, estos valores deben ser actualizados según el aumento legal ordenado por el Gobierno Nacional, debidamente indexados.

3. Condenar a Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, a dar cumplimiento a la sentencia que ponga fin al proceso, de conformidad con lo previsto en el Capítulo VI del Título V, artículos 187, 189, 192 y ss., del C.P.A.C.A.

4. Como consecuencia de lo anterior, se le incluya en nómina, y se ordene la atención en salud a la señora PAULINA LÓPEZ DE CUELLAR en calidad de esposa del finado Suboficial Primero ® ARC PABLO ANTONIO CUELLAR CABRERA.

5. Condenar en costas a la demandada.

b. Hechos:

Fue esposa del Suboficial Primero ® ARC Pablo Antonio Cuellar Cabrera, y convivieron como tal, de manera pública y permanente, con su hija Duny Cuellar López en la ciudad de Cartagena.



13-001-23-33-000-2014-00310-00

En los últimos años de vida el causante residía por problemas de salud en la ciudad de Bogotá, y por ello, la demandante y el causante intercambiaba el lugar de convivencia entre Cartagena y Bogotá.

El causante disfrutaba en vida de una asignación de retiro con cargo a CREMIL, tenía reportada a su esposa ante dicha entidad y recibía los servicios médicos del Hospital Naval de Cartagena.

El señor Cuellar Cabrera estando casado con la demandante, tuvo dos hijos con la señora Luz Estela Valderrama Echeverry (Mónica del Carmen y Jhon Jairo Cuellar Valderrama).

El día 28 de febrero de 1994 falleció el señor Pablo Antonio Cuellar Cabrera, deceso que quedó registrado en la Notaría 20 del Círculo de Bogotá.

Solicitó a CREMIL en calidad de cónyuge la pensión de sobreviviente, junto con los menores hijos del causante Mónica del Carmen y Jhon Jairo Cuellar Valderrama.

El 19 de julio de 1994 envió a CREMIL los registros civiles de nacimiento de Mónica del Carmen y Jhon Jairo Cuellar Valderrama, para que se tuvieran en cuenta al momento de definir la sustitución pensional.

El 10 de octubre de 1994 solicitó a CREMIL un informe sobre el estado de la reclamación de sustitución pensional.

Mediante Resolución No. 1.497 de 09 de noviembre de 1.994, CREMIL negó en un 50% de la sustitución pensional solicitada, y ordenó el reconocimiento en un 100% a los menores Mónica del Carmen y Jhon Jairo Cuellar Valderrama, alegando en resumen que *"...la convivencia de los esposos CUELLAR LÓPEZ no fue acreditada, toda vez que se ha constatado que la cónyuge residía en Cartagena y el suboficial CUELLAR CABRERA en Santa Fe de Bogotá en donde falleció; y las manifestaciones de terceros acerca de que el citado suboficial no vivía en Cartagena por motivos de salud no constituyen prueba de imprevisibilidad e irresistibilidad, elementos constitutivos de la fuerza mayor o caso fortuito, única causal que justificaría esta no convivencia. (...) Que por las razones anotadas en el anterior considerando no es procedente reconocer a la señora Paulina López de Cuellar como beneficiaria de la sustitución pensional del señor Suboficial Primero ® de la Armada Nacional Pablo Antonio Cuellar Cabrera..."*



13-001-23-33-000-2014-00310-00

El 13 de enero de 1995, mediante escrito radicado internamente con el No. 001445, solicitó nuevamente el reconocimiento y pago de una sustitución pensional en calidad de esposa del causante.

CREMIL informó que la sustitución pensional fue reconocida en un cien por ciento (100%) a los hijos del causante y la excluye de tal prestación.

A través de apoderado judicial presentó recurso de reposición contra la Resolución 1497 de 22 de septiembre de 1994, resolución que nunca fue notificada en legal forma.

Mediante la Resolución No. 0373 de 24 de marzo de 1995, CREMIL rechazó el recurso de reposición, sin tener en cuenta las declaraciones extra juicio presentadas, entre ellas la de la madre de los dos menores del causante, que da cuenta de su convivencia permanente con él.

La sustitución pensional fue disfrutada en un 100% por Mónica del Carmen y Jhon Jairo Cuellar Valderrama, hasta el 24 de septiembre de 2005.

La señora Luz Estela Valderrama Echeverry, madre de los hijos del causante a quienes se reconoció la pensión, declaró bajo la gravedad de juramento como fue el desarrollo de su convivencia con el causante.

c) Normas violadas y concepto de la violación.

El demandante afirmó que el acto acusado viola los artículos 47 de la Ley 100/93; 2, 13, 42 y 48 de la Constitución Política de 1991; la Ley 797/03 y los Decretos 1211/90 y 4433/04.

Transcribió los artículos 47 de la Ley 100/93, 13 de la Ley 797/03, 185 del Decreto 1211/90, 11 del Decreto 4433/04, y adujo que tiene derecho a la pensión solicitada en calidad de esposa del causante Suboficial Primero ® ARC Pablo Antonio Cuellar Cabrera, ya que cumple con los requisitos que exige la ley para acceder a la sustitución de asignación de retiro.

El argumento esgrimido por la demandada tiene como fundamento que el causante residía, estaba enfermo y muere en la ciudad de Bogotá, mientras que ella residía en Cartagena, olvidando que por motivos de enfermedad, su esposo recibía tratamientos médico en Bogotá, pues el clima le era favorable.

Los artículos 5, 13, 42 y 48 de la Constitución Política de 1991 señalan que los derechos a la seguridad social comprenden al cónyuge como al compañero permanente, en desarrollo del principio constitucional de la igualdad frente a las familias unidas por vínculos jurídicos o naturales y que abarca no solo el núcleo



13-001-23-33-000-2014-00310-00

familiar como tal, sino también a cada uno de los miembros que lo componen, es decir, que todo aquello que se predique y otorgue a favor de las personas unidas en matrimonio, tales como prerrogativas, ventajas, prestaciones, obligaciones, deberes, responsabilidades, derechos, etc., se aplica también para quienes conviven sin necesidad de dicho vínculo formal.

De otra parte, el derecho a la sustitución pensional es un mecanismo de protección a los familiares del trabajador pensionado, ante el posible desamparo social en que puedan quedar por razón de la muerte de este, pues al ser beneficiarios del producto de su actividad laboral, traducido en la mesada pensional, de ella también deriva sus subsistencia económica.

3.2. Trámite

La demanda se admitió mediante auto de 16 de septiembre de 2014 (f. 76).

Mediante auto de 25 de febrero de 2015 se fijó fecha para llevar a cabo la audiencia inicial (f. 175); el 17 de marzo de 2015 se llevó a cabo la audiencia y se fijó el día 28 de abril de 2015 para la realización de la audiencia de prueba (fs. 177 – 183), la cual se realizó en la fecha señalada (fs. 200 – 204).

El 19 de diciembre de 2016 se corrió traslado a las partes para que presentaran los alegatos de conclusión y al Agente del Ministerio Público para que rindiera concepto si a bien lo tuviere (fs. 241).

3.3. Contestación (fs. 84-90).

El causante falleció el 28 de febrero de 1994 y se presentaron a reclamar la sustitución pensional del fallecido las siguientes personas: Paulina López de Cuellar, en su calidad de cónyuge sobreviviente y los menores Mónica del Carmen Cuellar Valderrama y Jhon Jairo Cuellar Valderrama.

Mediante Resolución No. 1497 del 22 de septiembre de 1994 se ordenó el pago de los haberes dejados de cobrar por el causante y el reconocimiento y pago de la pensión de beneficiarios del señor Suboficial Primero ® de la Armada Nacional a favor de sus hijos menores, en un 50% para cada uno; así mismo se negó el derecho a la demandante, porque no acreditó la convivencia con el militar al momento del fallecimiento, de conformidad con lo dispuesto por el Decreto Ley 1211 de 1990.

Por Resolución No. 0373 del 24 de marzo de 1995, se rechazó por extemporáneo el recurso de reposición interpuesto por la demandante.

Mediante Resolución No. 3295 del 05 de julio del 2002 se actualizó la pensión de los beneficiarios, extinguiéndose el derecho de la señorita Mónica del Carmen



13-001-23-33-000-2014-00310-00

Cuellar Valderrama, por haber terminado sus estudios profesionales; quedando con la totalidad de la prestación el joven Jhon Jairo Cuellar Valderrama, en su calidad de hijo y único beneficiario.

Posteriormente se extinguió a su último beneficiario, a partir del 24 de septiembre del 2005, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 8 de la parte resolutive de la Resolución No. 3295 del 05 de julio del 2002.

La demandante no aportó prueba alguna que demostrase que la separación con su esposo obedecía a razones de fuerza mayor o caso fortuito, tal como lo establecía en su momento el Decreto 1211 de 1990.

El artículo 195 del Decreto 1211 de 1990 establece que, por regla general, el derecho a la sustitución pensional le asiste al cónyuge sobreviviente, excepto cuando exista separación legal y definitiva de cuerpos o, cuando al momento del deceso del oficial o suboficial no hubiere vida en común con él.

Esta causal de no convivencia, establece una excepción y es precisamente cuando los cónyuges no conviven por fuerza mayor o caso fortuito, debidamente comprobados.

La convivencia con el militar, especialmente hasta el momento de su fallecimiento, resulta ser el factor determinante para acceder a la sustitución pensional dado el criterio material, es decir, la convivencia real y afectiva, y no un criterio meramente formal, vale decir vínculo marital; criterio este ampliamente acogido jurisprudencialmente.

Igualmente, hay que hacer claridad que no obran en el expediente administrativo ni fueron aportadas en la demanda, pruebas que constituyan elementos suficientes para establecer que en efecto el motivo de que la demandante, no conviviera con el militar al momento de la muerte por razones de fuerza mayor, no atribuible a la parte actora, irresistible e imprevisible.

Existen declaraciones de la cónyuge y de sus allegados en las que manifiestan que la beneficiaria convivió con el militar hasta la fecha de su fallecimiento, lo cual se contradice con la declaración presentada por el señor Cabo Segundo @ del Ejército Luis Eduardo Sánchez Castillo el 20 de febrero de 1995 en la ciudad de Bogotá, en la cual manifiesta expresamente lo siguiente: "*respecto al tiempo que permaneció en nuestra casa el Señor suboficial @ PABLO ANTONIO CUELLAR C. él estuvo a nuestro lado desde diciembre de 1988 hasta el día de su fallecimiento, el día 28 de febrero de 1994. En cuanto a las razones que le motivaron, a su venida fueron las de encontrar nuevos cambios a su vida, los que aparte de todo nunca aclaró. En cuanto a los nexos que lo relacionaron a nuestro familia fueron los de ser el tío de mi esposa RUTH DE SÁNCHEZ y porque estuvo*



13-001-23-33-000-2014-00310-00

ausente de ella por muchos años, así que entonces decidiría pasar algún tiempo al lado de nosotros, sin pensar acaso como la muerte lo sorprendería en el seno de mi familia."

Además en el expediente administrativo se encuentran documentos en los cuales consta el embargo por alimentos promovido por el Doctor Carlos Baena Ramos, en su condición de apoderado de la demanda, ante el Juzgado Sexto Civil Municipal de Cartagena, de acuerdo a oficio radicado en esta Entidad de 09 de octubre de 1990; Juzgado Tercero Promiscuo de Familia de Cartagena, de acuerdo a oficio radicado el 23 de enero de 1991 y del 22 de marzo de 1991.

En consecuencia, y teniendo en cuenta que la demandante no se encontraba haciendo vida en común con el señor Pablo Antonio Cuellar Cabrera al momento de su fallecimiento, y que este hecho se encuentra establecido por la norma como causal de pérdida del derecho de la cónyuge a la prestación en comento, se le negó el derecho a la sustitución pensional.

3.4. Audiencia inicial

a) Fijación del litigio

En la audiencia inicial se fijó el litigio así:

- Determinar si es procedente el reconocimiento de la asignación de retiro a la señora Paulina López de Cuellar, en su condición de cónyuge supérstite del señor Pablo Antonio Cuellar Cabrera.

b) Pruebas

En audiencia de prueba se escucharon los testimonios de María del Socorro Jaramillo Jara, Candelaria Esther Bueno Medina y María Raquel Gonzales de Castro.

3.5. Alegatos

Mediante auto de 19 de diciembre de 2016 se corrió traslado para alegar de conclusión, para cuyo efecto se les concedió un término máximo de diez (10) días de conformidad con el numeral 2º del artículo 181 del C.P.A.C.A. (f. 241).

a). La parte demandante reiteró en lo sustancial lo expuesto en la demanda (fs. 243 - 248).

b). La parte demandada no alegó de conclusión.

c) El Agente del Ministerio Público no rindió concepto.



IV.- CONTROL DE LEGALIDAD

Agotado el trámite descrito sin que se adviertan impedimentos procesales ni causales de nulidad que invaliden la actuación, procede este Tribunal a fallar en primera instancia el proceso de la referencia.

V.- CONSIDERACIONES

5.1. Problema jurídico

Consiste en determinar, de acuerdo con las pruebas allegas en el proceso, si es procedente el reconocimiento de la asignación de retiro a la señora Paulina López de Cuellar, en su condición de cónyuge supérstite del señor Pablo Antonio Cuellar Cabrera, a la luz del artículo 195 del Decreto 1211/90.

5.2. Tesis del Tribunal.

De acuerdo con las pruebas allegas en el proceso la accionante tiene derecho al reconocimiento de la sustitución de la asignación de retiro, en su condición de cónyuge supérstite del señor Pablo Antonio Cuellar Cabrera, a la luz del artículo 195 del Decreto 1211/90, puesto que la negativa a su reconocimiento se fundó en una interpretación errada de dicha norma, que por razones de favorabilidad debe interpretarse en el sentido de que la única razón para negar el derecho a la sustitución de la cónyuge supérstite es la demostración de que se produjo separación previa al deceso, y por su culpa.

5.3. Marco normativo y jurisprudencial.

Con el fin de resolver el problema jurídico planteado debe la Sala determinar cuáles son las normas que regulan el reconocimiento de la pensión de jubilación del actor en su calidad de docente.

5.3.1. De la sustitución de la asignación de retiro.

La pensión de sobreviviente se enmarca dentro del derecho a la seguridad social y tiene como finalidad primordial la de satisfacer la necesidad de subsistencia económica que persiste para quien sustituye a la persona que disfrutaba de una pensión o tenía derecho a su reconocimiento, una vez producido el fallecimiento de ésta, en razón a la desprotección que se genera por esa misma causa.

La Corte Constitucional, mediante sentencia C-111 de 2006, al resolver una acción pública de inconstitucionalidad interpuesta contra el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13, literal d), parcial, de la Ley 797 de 20031, indicó que la pensión de sobrevivientes tiene por objeto impedir que,

¹ "por la cual se reforman algunas disposiciones del sistema general de pensiones previsto en la Ley 100 de 1993 y se adoptan disposiciones sobre los Regímenes Pensionales exceptuados y especiales".



13-001-23-33-000-2014-00310-00

ocurrida la muerte de una persona, los miembros del grupo familiar que dependían económicamente de ella se vean obligados a soportar individualmente las cargas materiales de su fallecimiento. Lo anterior, mediante la asignación de una prestación económica que suple la ausencia repentina del apoyo financiero del causante, con el fin de evitar que su muerte se traduzca en un cambio radical de las condiciones de subsistencia mínimas de los beneficiarios de dicha prestación.

Una vez expedida la Constitución Política de 1991, en su artículo 48 se estableció que la Seguridad Social es un servicio público de carácter obligatorio y un derecho irrenunciable, y es el Estado el obligado a dirigir, coordinar y controlar su efectiva ejecución, así:

"(...) ARTICULO 48. La Seguridad Social es un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la Ley.

(...)

*Para adquirir el derecho a la pensión será necesario cumplir con la edad, el tiempo de servicio, las semanas de cotización o el capital necesario, así como las demás condiciones que señala la ley, sin perjuicio de lo dispuesto para las pensiones de invalidez y sobrevivencia. **Los requisitos y beneficios para adquirir el derecho a una pensión de invalidez o de sobrevivencia serán los establecidos por las leyes del Sistema General de Pensiones.***

El Decreto 1211 de 1990, "por el cual se reforma el estatuto del personal de oficiales y suboficiales de las fuerzas militares", reguló la pensión de sobreviviente en los siguientes términos:

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

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

b. Si no hubiere cónyuge sobreviviente, las prestaciones corresponden íntegramente a los hijos en las proporciones de ley.

c. Si no hubiere hijos la prestación se divide así:

- El cincuenta por ciento (50%) para el cónyuge.

- El cincuenta por ciento (50%) para los padres en partes iguales.

d. Si no hubiere cónyuge sobreviviente ni hijos, la prestación se divide entre los padres así:

- Si el causante es hijo legítimo llevan toda la prestación los padres.

- Si el causante es hijo adoptivo la totalidad de la prestación corresponde a los padres adoptantes en igual proporción.

ARTÍCULO 13. Los artículos 47 y 74 quedarán así:

Código: FCA - 008 Versión: 02 Fecha: 18/07/2017





13-001-23-33-000-2014-00310-00

- Si el causante es hijo extramatrimonial, la prestación se divide en partes iguales entre los padres.

- Si el causante es hijo extramatrimonial con adopción, la totalidad de la prestación corresponde a sus padres adoptivos en igual proporción.

- Si no concurre ninguna de las personas indicadas en este artículo llamadas en el orden preferencial en él establecido, la prestación se paga, previa comprobación de que el extinto era su único sostén a los hermanos menores de 18 años.

- Los hermanos carnales recibirán doble porción de los que sean simplemente maternos o paternos.

- A falta de descendientes, ascendientes, hijos adoptivos, padres adoptivos, hermanos y cónyuges, la prestación corresponde a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares."

(...)

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

PARÁGRAFO. El cónyuge sobreviviente no tiene derecho a la pensión de que trata este artículo, cuando exista separación legal y definitiva de cuerpos o cuando en el momento del deceso del Oficial o Suboficial no hiciera vida en común con él, salvo fuerza mayor o caso fortuito debidamente comprobados.

(Nota: Este párrafo fue declarado exequible por la Corte Suprema de Justicia en la Sentencia No 134 de 1991, Providencia confirmada en las Sentencias C-314 de 1997, C-585 de 1997 y C-091 de 1998.)

El párrafo transcrito fue modificado por el artículo 9 de la Ley 447/98, así:

Artículo 9: (...) El cónyuge sobreviviente no tiene derecho a la pensión de que trata este artículo, cuando en el momento del deceso del Oficial o Suboficial exista sentencia judicial o extrajudicial de cuerpos, o no hiciera vida en común con él, excepto cuando los hechos que dieron lugar al divorcio, a la separación de cuerpos, a la ruptura de vida en común, se hubieren causado sin culpa imputable al cónyuge supérstite.

Los cónyuges que no hayan consolidado el derecho a obtener la sustitución pensional bajo la vigencia de los artículos 188 y 195 del Decreto legislativo 1211 de 1990, podrán obtenerlo en adelante, de conformidad con el presente artículo, cuando presenten a la Caja de Sueldos de Retiro de las Fuerzas Militares, copia debidamente autenticada de la sentencia judicial que le haya reconocido dicho derecho".

La Subsección B – Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, en providencia del 2 de octubre de 2008, señaló que "el párrafo del artículo 195 del Decreto Ley 1211 de 1990, modificado por la Ley 447 de 1998, regula la situación sub exámine y debe ser aplicado por cuanto el citado artículo, antes de su modificación, planteaba la excepción de pérdida del derecho de la cónyuge cuando no hiciera vida en común con el causante



13-001-23-33-000-2014-00310-00

"salvo fuerza mayor o caso fortuito debidamente comprobados.", sin ninguna precisión, concepto que fue puntualizado con la expresión "se hubiere causado sin culpa imputable al cónyuge superviviente", por tal motivo debe aplicarse, por interpretación favorable, aun cuando es posterior al fallecimiento del causante.

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

5.4. Caso concreto.

5.4.1. Pruebas relevantes para decidir.

- Copia de la Resolución 1497 del 22 de septiembre de 1994, por la cual CREMIL reconoce y ordena el pago de una pensión de sobreviviente a los menores hijos del causante Mónica del Carmen Cuellar Valderrama y Jhon Jairo Cuellar Valderrama, en un 50% para cada uno del 100% de la pensión del causante, y negó la sustitución solicitada por la demandante en calidad de cónyuge (fs. 12 - 14).

- Resolución No. 0373 del 24 de marzo de 1995, por medio de la cual CREMIL rechaza por extemporáneo un recurso de reposición interpuesto por la parte demandante contra la Resolución anterior (fs. 20 - 21).

- Copia de la declaración extraprocesal rendida por la demandante el 4 de marzo de 1994, ante la Notaría Veinte del Circuito de Bogotá donde manifestó lo siguiente: *"declaró bajo juramento que viví bajo el mismo techo con mi esposo Pablo Antonio Cuellar Cabrera (...), hasta el momento de su fallecimiento el día 28 de febrero de 1994. Dependía económicamente de él, no he vuelto a contraer matrimonio ni por el civil, ni por lo católico ni hago vida marital con nadie. Conservo mi estado de viudez".* (fs. 121).

- Copia de la declaración extraprocesal rendida por la demandante el 20 de abril de 1994 ante la Notaría Primera del Circuito de Cartagena, donde manifestó lo siguiente: *"declaro que entre mi señor esposo (...) y mi persona, nunca hubo separación legal o de hecho de nuestro matrimonio, si bien cursa en el Juzgado Tercero Promiscuo de Familia de Cartagena, un proceso de alimentos, ello obedecía que él aceptó que se le descontara del sueldo una suma y por el intermedio del Juzgado me fuera entregada"* (f. 24 y 134).

- Copia de la declaración extraprocesal rendida por la demandante el 21 de mayo de 2013, ante la Notaría Segunda del Circuito de Cartagena, donde manifestó que convivió con el señor Pablo Antonio Cuellar Cabrera bajo el mismo



13-001-23-33-000-2014-00310-00

techo hasta el día de su fallecimiento; se trasladaba a la ciudad de Bogotá y él se trasladaba a la ciudad de Cartagena; de dicha unión nació una hija: la demandante dependía económicamente del causante (f. 25 y 95).

- Copia de la cédula de ciudadanía de la demandante donde consta que nació el 13 de noviembre de 1929 y que en la fecha de esta sentencia tiene 89 años (f. 26).
- Copia de la declaración extraprocésal rendida por María Isabel Socorro Jaramillo de Jara, el 21 de mayo de 2013, ante la Notaría Segunda del Círculo de Cartagena (f. 27).
- Copia de la declaración extraprocésal rendida por Candelaria Esther Bueno Medina, el 21 de mayo de 2013, ante la Notaría Segunda del Círculo de Cartagena (f. 29 y 99 reverso).
- Copia de la declaración extraprocésal rendida por María Raquel Gonzáles de Castro, el 21 de mayo de 2013, ante la Notaría Segunda del Círculo de Cartagena (f. 31 y 101).
- Copia de la partida de matrimonio y del registro civil de matrimonio, donde consta que el 13 de junio de 1964, la demandante y el señor Pablo Antonio Cuellar Cabrera contrajeron matrimonio (f. 43 - 44).
- Copia de la hoja de servicios del causante (fs. 47, 51 - 59).
- Copia de la declaración extraprocésal rendida por Ramón Antonio Cabarcas Flórez, el 30 de enero de 1995, ante la Notaría Cuarta del Círculo de Cartagena (f. 49 y 140 - 141 reverso).
- Copia de la declaración extraprocésal rendida por Luz Estella Valderrama Echeverry, el 30 de enero de 1995, ante la Notaría Cuarta del Círculo de Cartagena (f. 50 y 139 - 140).
- Copia del registro civil de defunción del señor Pablo Antonio Cuellar Cabrera, donde consta que este falleció como consecuencia de un infarto al miocardio el 28 de febrero de 1994, en la ciudad de Bogotá (fs. 59).
- Copia de la Resolución No. 3295 de 5 de julio de 2002, por medio de la cual CREMIL extinguió el derecho de la cuota parte de la pensión correspondiente a la señorita Mónica del Carmen Valderrama Cuellar Valderrama, y ordenó el acrecimiento de la cuota parte al joven Jhon Jairo Cuellar Valderrama (fs. 147 respaldo - 149).



13-001-23-33-000-2014-00310-00

- Copia del oficio No, 374 de 22 de marzo de 1991, por medio del cual el Juzgado Tercero Promiscuo de Familia de Cartagena, le comunica a CASUR el embargo preventivo en cuantía del 15% de la pensión del causante a favor de su cónyuge (fs. 169).

- Copia de certificado CREMIL No. 81357 del 17 de septiembre de 2015, en la que consta el valor de la asignación de retiro del causante (fs. 219).

- Copia de los antecedentes administrativos remitidos por la entidad demandada (fs. 119 – 170).

-Testimonios rendidos en el proceso por las señoras María Isabel Socorro Jaramillo de Jara y Candelaria Esther Bueno Medina.

5.4.2. Análisis crítico de las pruebas frente al marco jurídico.

En el proceso quedó demostrado que la accionante contrajo matrimonio con el causante desde el 13 de junio de 1964, y según su dicho nunca se separó de este, muy a pesar de que él por razones de salud tuviera que trasladarse a la ciudad de Bogotá.

La entidad accionada negó la sustitución pensional solicitada porque estimó que no se acreditó la convivencia efectiva con el causante, porque la demandante residía en la ciudad de Cartagena y el causante en Bogotá, donde finalmente falleció, además las manifestaciones de terceros que señalaron que éste no residía en Cartagena por motivos de salud, por lo que se constituyó prueba de la imprevisibilidad e irresistibilidad, elementos constitutivos de fuerza mayor o caso fortuito, única causal que justificara la falta de convivencia.

Si bien el párrafo del artículo 195 del Decreto 1211/90, en principio señalaba como causal de excepción de la pérdida del derecho de la pensión por falta de convivencia entre la cónyuge y el causante, el caso fortuito y la fuerza mayor debidamente comprobado, lo cierto es que ese párrafo fue modificado por el artículo 9 de la Ley 447/98, y en esta norma se dispuso tal excepción cuando la ruptura de vida en común, se hubieren causado **sin culpa imputable al cónyuge supérstite**.

Tal como lo manifestó el Consejo de Estado, en sentencia citada en el marco normativo y jurisprudencial, la Ley 447/98 es aplicable a casos anteriores a la vigencia de la misma.

La Subsección B – Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, en providencia del 2 de octubre de 2008, señaló que “la



13-001-23-33-000-2014-00310-00

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

A continuación la Sala analizará las declaraciones de los testigos con el fin de determinar si se existió o no una supuesta separación entre el causante y la demandante, y si de haber existido dicha separación, la misma le es imputable a la demandante.

La señora María Isabel Socorro Jaramillo de Jara, manifestó en declaración jurada rendida extraprocesalmente ante la Notaría Segunda del Círculo de Cartagena que desde hace 40 años conoce de vista, trato y comunicación a la demandante, porque son amigas, quien estuvo casada con el señor Pablo Antonio Cuellar Cabrera, fallecido el 28 de febrero de 1994, y de esa unión nació una hija. Que la demandante dependía económicamente de él y convivieron juntos bajo el mismo techo hasta el día de su muerte (f. 27)

A la misma testigo se le recibió declaración en el curso del proceso, donde manifestó que conoció al cónyuge de la señora Paulina López, porque eran vecinos hace mucho tiempo, quien duró más o menos 6 años viviendo en Bogotá con una sobrina, la señora Paulina lo iba a visitar, pero no demoraba mucho allá porque no soportaba el frío. Igualmente el señor Cuellar la visitaba en Cartagena y duraba más o menos 1 mes cuando la visitaba, esas visitas se hacían cada 3 o 4 meses. El señor Cuellar no tenía compañera permanente en Bogotá. No conoció a Jhon Jairo Cuellar y a Mónica del Carmen Cuellar Valderrama, pero sí los oyó mencionar. Agregó que la señora Paulina los ayudó mucho porque eran sus hijastros (CD de audiencia de pruebas obrante a folio 205).

A juicio de la Sala entre la primera y segunda declaración no hay contradicción alguna sino ampliación y complementación, pues si bien en la primera se afirmó que la pareja a que se refiere convivieron juntos bajo el mismo techo hasta el día de su muerte; en la segunda se deja constancia de que el vínculo se mantuvo pese a la separación física que se producía temporalmente por cuenta de las dificultades de uno de ellos ante el clima de Cartagena y del otro ante el clima de Bogotá, lo cual no interrumpió la relación entre los cónyuges.

- Por su parte, la señora **Candelaria Esther Bueno Medina**, declaró extraprocesalmente el 21 de mayo de 2013 ante la Notaría Segunda del Círculo de Cartagena, que hace 38 años conoce de vista, trato y comunicación a la



13-001-23-33-000-2014-00310-00

demandante, porque son amigas, y que aquella estuvo casada con el señor Pablo Antonio Cuellar Cabrera, quien falleció el 28 de febrero de 1994, de esa unión nació una hija, la demandante dependía económicamente de él, y convivieron juntos bajo el mismo techo hasta el día de su muerte (f. 29).

En el curso del proceso rindió declaración bajo juramento y explicó que conoció de trato y vista al cónyuge de la señora Paulina López de Cuellar hace aproximadamente 40 años; que el señor Cuellar, después que se jubiló, presentó problemas con el clima de Cartagena y por eso se tuvo que ir a vivir a la ciudad de Bogotá, donde vivió como 6 años. La señora Paulina y su esposo siempre se visitaban; él viajaba o ella viajaba. En Cartagena tuvo dos hijos por fuera del matrimonio (CD de audiencia de pruebas obrante a folio 205).

A folio 31 del expediente figura copia de la declaración extraprocesal rendida por María Raquel González de Castro el 21 de mayo de 2013 ante la Notaría Segunda del Círculo de Cartagena, donde manifestó: hace 40 años conoce de vista, trato y comunicación a la demandante, porque son amigas; la primera estuvo casada con el señor Pablo Antonio Cuellar Cabrera, quien falleció el 28 de febrero de 1994; de esa unión nació una hija; la demandante dependía económicamente de su cónyuge y convivió con él bajo el mismo techo hasta el día de su muerte; la demandante se trasladaba a la ciudad de Bogotá y el esposo hacia Cartagena, quien finalmente murió en Bogotá (f. 31).

- Copia de la declaración extraprocesal rendida por Ramón Antonio Cabarcas Flórez, el 30 de enero de 1995, ante la Notaría Cuarta del Círculo de Cartagena, quien manifestó que conoció al señor Pablo Antonio desde 1963 porque fueron compañeros de armas en los Llanos Orientales, y a la demandante porque el causante se la presentó después que se casó y ella frecuentaba mucho la Cooperativa de ABOLSURE, en donde trabajaba como Tesorero de la Cooperativa; la demandante convivía con el causante, y nunca se separaron ni de hecho ni judicialmente; el causante estaba un poco enfermo y por esa razón hacía viajes a Bogotá por conveniencia del clima, pero nunca se separó de él (f. 49).

La Sala destaca la declaración jurada rendida extraprocesalmente por la señora **Luz Estella Valderrama Echeverry**, quien manifestó: es la madre de dos de los hijos del causante, nacidos durante el matrimonio con la demandante. Conoció a la demandante porque el señor Cuellar llevaba a sus hijos a la casa de la esposa y ella los trataba como si fueran sus hijos. A pesar de que la demandante supo que tenía dos hijos con ella, nunca se separaron, situación que le consta porque ella visitaba esa casa. - Conocía del embargo que recaía sobre el causante, pero eso fue algo consensuado con la señora Paulina, para que la demandante recibiera directamente una suma de dinero.



13-001-23-33-000-2014-00310-00

A juicio de la Sala, los testimonios descritos merecen credibilidad en consideración de que son concordantes y armónicos al señalar la existencia de una relación matrimonial entre los cónyuges y de la continuidad de su convivencia hasta el deceso del causante, aunque por dificultades derivadas del clima convinieran en que el causante pasara temporadas en Bogotá, sin que ello implicara la separación de la pareja, puesto que sus miembros se visitaban periódicamente, cuestiones relevantes para definir la litis.

Aunque a juicio de este Tribunal se demostró la continuidad de la convivencia, si pudieran calificarse las ausencias temporales del causante de la ciudad de Cartagena, donde residía su cónyuge (demandante), como una separación; no hay prueba alguna de la misma se hubiere producido por culpa de la demandante, único caso en el que se justificaría, de acuerdo con el marco normativo y jurisprudencial descritos previamente, la pérdida del derecho a percibir la sustitución pensional pretendida por la demandante.

Luego, las razones expuestas por la parte accionada para negar el reconocimiento de la pensión de sobreviviente no tiene asidero jurídico, pues ni la medida de embargo que reacia sobre el cónyuge fallecido, ni el supuesto testimonio de Luis Eduardo Sánchez Castillo, demuestran que existía una separación en la pareja, y en caso de que se hubiera producido no se acreditó que obedeciera a culpa de la demandante.

No sobra agregar que el acto acusado negó el reconocimiento de la sustitución pensional reclamada por la accionante, con el argumento de que el hecho de que causante no viviera en Cartagena por motivos de salud no constituye prueba de imprevisibilidad e irresistibilidad, elementos constitutivos de la fuerza mayor o caso fortuito.

Aunque en la fecha de expedirse el acto demandado la circunstancia alegada estaba como una causal para negar la solicitud de sustitución de asignación de retiro por parte del parágrafo del artículo 95 del Decreto 1211 de 1990, *"por el cual se reforma el estatuto del personal de oficiales y suboficiales de las fuerzas militares"*, lo cierto es que dicho es que dicho parágrafo fue modificado por el artículo 9 de la Ley 447/98, en el sentido de que **"el cónyuge sobreviviente no tiene derecho a la pensión de que trata este artículo, cuando en el momento del deceso del Oficial o Suboficial ...no hiciera vida en común con él, excepto cuando los hechos que dieron lugar al divorcio, a la separación de cuerpos, a la ruptura de vida en común, se hubieren causado sin culpa imputable al cónyuge supérstite.**

Esta última norma se aplica por interpretación favorable, aun cuando es posterior al fallecimiento del causante, por cuanto se limita a definir el alcance de la expresión contenida en una norma vigente en la fecha del



13-001-23-33-000-2014-00310-00

fallecimiento, tal como lo señaló la Subsección B – Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, en providencia del 2 de octubre de 2008, comentada previamente.

No sobra agregar que el acto acusado negó la pensión a la demandante con fundamento en el testimonio del Cabo Segundo ® del Ejército Luis Eduardo Sánchez Castillo. No obstante, dicho testimonio no fue aportado al expediente administrativo a fin de valorarlo junto con los demás medios probatorios aportados.

Por lo anterior, y por haberse acreditado los requisitos de Ley, esta Sala accederá a las pretensiones de la demanda, y ordenará a CREMIL que reconozca y pague la sustitución de la asignación de retiro a la señora Paulina López de Cuellar, en cuantía del 100%, en vista de que en el proceso quedó demostrado que en la actualidad no existen más beneficiario de la asignación de retiro, pues ya se extinguió el derecho de los hijos del causante.

- Prescripción.

El artículo 174 del Decreto 121/90, prevé que el lapso en que deben reclamarse las mesadas pensionales es de cuatro (4) años y que el reclamo escrito recibido por la autoridad competente sobre un derecho o prestación determinada interrumpe la prescripción por una sola vez y sólo por un lapso igual.

La suspensión del término de prescripción originada en una reclamación administrativa comprende las mesadas causadas dentro de los 4 años previos a dicha reclamación y se extiende durante los 4 años siguientes; de modo que si no demandan judicialmente dentro de ese periodo, se extinguen definitivamente. Ello, sin perjuicio de que posteriormente el interesado pueda reclamar y suspender la prescripción de las mesadas que se causaran con posterioridad a la primera reclamación, respecto de las cuales opera la prescripción en los mismos términos.

En el sub-lite quedó probado que el 13 de enero de 1995, la demandante solicitó a CREMIL que le resolviera una solicitud pensional (fs. 16 respaldo - 17); y aunque afirma que había hecho tal solicitud un año antes, lo cierto es que no hay prueba en el expediente de que efectivamente lo hubiera hecho. Por ello, para efectos de prescripción extintiva de mesada se tendrá en cuenta la petición allegada al proceso, y de acuerdo con la misma se debió presentar la demanda a más tardar el 13 de enero de 1999, pero la misma solo fue presentada el 3 de julio de 2014. Por ello, se declarará la prescripción de las mesadas pensionales causadas 4 años con anterioridad a la presentación de la demanda, es decir se encuentran prescritas las causadas con anterioridad al 3 de julio 2010.



- Indexación

La suma que resulte a favor de la demandante, deberá ser actualizada hasta la fecha de ejecutoria de esta sentencia, aplicando la siguiente fórmula, mes a mes:

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

En la cual el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es el equivalente en pesos al valor dejado de pagar (mesadas insolutas) por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor, certificado por el DANE (vigente a la fecha de ejecutoria de esta sentencia), por el índice inicial (vigente a la fecha en que debió hacerse el pago completo de cada una de las mesadas causadas).

- Condena en costas.

Aplica la Sala el artículo 188 del CPACA, el cual remite al artículo 365 del Código General del Proceso, en el sentido de señalar que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación.

Como la parte vencida es la demandada en el presente asunto, se encuentra procedente la condena en costas en primera instancia, en la modalidad de gastos del proceso y agencias en derecho, a favor de la parte demandante, condena que deberá ser liquidada por la Secretaría de la Corporación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 366 del Código General del Proceso, y teniendo en cuentas los siguientes factores: i) el trámite del recurso, ii) la naturaleza del proceso y iii) la gestión de la parte demandante

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: Declárase la nulidad parcial de la Resolución No. 1497 del 22 de septiembre de 1994, en cuanto negó el reconocimiento de la sustitución reclamada por la señora Paulina López de Cuellar respecto de asignación de retiro que disfrutaba el extinto Suboficial Primero @ ARC Pablo Antonio Cuellar Cabrera.

SEGUNDO: Como consecuencia de la anterior declaración, y a título de restablecimiento del derecho, se ordena a CREMIL reconocer a la demandante, la condición de sustituta de la asignación de retiro del extinto Suboficial Primero @ ARC Pablo Antonio Cuellar Cabrera, en cuantía del 100%.



13-001-23-33-000-2014-00310-00

CREMIL deberá cancelar las sumas que resulten de la liquidación de la asignación de retiro, con sus respectivos reajustes, a partir del 3 de julio de 2010, por haber operado la prescripción extintiva de las mesadas pensionales causadas con anterioridad al 3 de julio 2010, como en efecto se declara.

TERCERO: Las sumas que se reconozcan a favor de la demandante serán ajustadas aplicando la siguiente fórmula:

$$R = Rh \frac{\text{Índice Final}}{\text{Índice Inicial}}$$

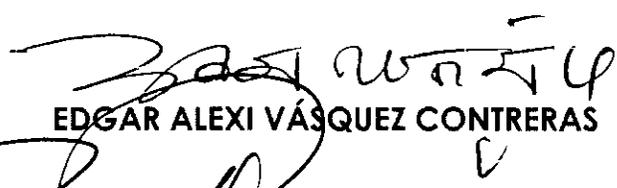
Según la cual el valor presente de la condena (R) se determina multiplicando el valor histórico (RH), que es la suma adecuada, multiplicando por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE (vigente a la fecha de ejecutoria de esta sentencia) sobre el índice inicial vigente a la fecha de que debió efectuarse el pago de la obligación.

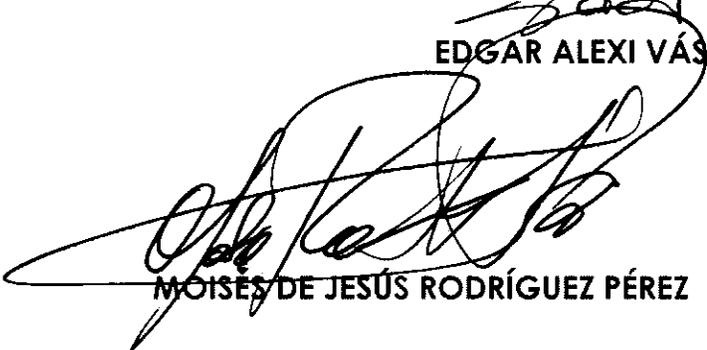
CUARTO: Condenar a la parte demandada al pago de costas procesales a favor de la parte demandante, las cuales serán liquidadas por la Secretaría de la Corporación, en aplicación de los artículos 365 y 366 del C.G.P.

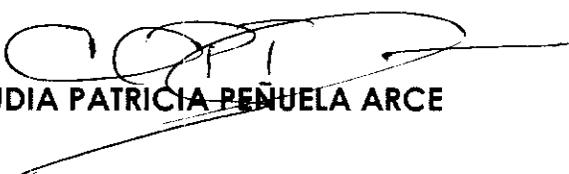
QUINTO: CREMIL deberá dar cumplimiento a lo dispuesto en este fallo dentro del plazo indicado en el artículo 192 del CPACA.

SEXTO: Déjense las constancias de rigor en el sistema de Gestión Siglo XXI.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE
Los Magistrados


EDGAR ALEXI VÁSQUEZ CONTRERAS


MOISÉS DE JESÚS RODRÍGUEZ PÉREZ


CLAUDIA PATRICIA PEÑUELA ARCE