



Cartagena de Indias, veintisiete (27) de agosto de dos mil veintiuno (2021)

Medio de control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO
Radicado	13-001-33-33-008-2019-00056-00
Demandante	EDIT LÓPEZ LINARES
Demandado	CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES
Tema	SUSTITUCIÓN PENSIONAL
Sentencia No	0093

1. PRONUNCIAMIENTO

Procede el Juzgado Octavo Oral Administrativo del Circuito de Cartagena a dictar sentencia de Nulidad y Restablecimiento del Derecho presentada por EDIT LÓPEZ LINARES, a través de apoderado judicial, contra la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES – CREMIL.

2. ANTECEDENTES

- PRETENSIONES

- 1- Que se declare la nulidad total de los actos administrativos contenidos en las resoluciones No. 2082 de 26 de junio de 2003, la No. 3354 de 08 de octubre de 2003 que resolvió el recurso de reposición y el contenido del consecutivo No. 2018-51617 de 18 de mayo de 2018, por el cual se niega el reconocimiento y pago de la sustitución de asignación de retiro y se ordenó el pago de los haberes dejados de cobrar por el suboficial LUIS ENRIQUE SILVA GALINDO (QEPD).
- 2- Que como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho, se condene a CREMIL al reconocimiento y pago de la sustitución de asignación de retiro del señor LUIS ENRIQUE SILVA GALINDO, como cónyuge superviviente de la señora EDIT LOPEZ LINARES.
- 3- Que a título de restablecimiento del derecho, se condene a CREMIL pagar a la señora EDIT LOPEZ LINARES las mesadas pensionales al 100% dejadas de percibir desde el 12 de septiembre de 1999, fecha en que falleció el señor LUIS ENRIQUE SILVA GALINDO, hasta la fecha en que efectivamente se produzca el pago de las condenas señaladas en sentencia.
- 4- Que los pagos se realicen debidamente indexados, actualizados y con los ajustes de ley desde la fecha de fallecimiento del titular de la asignación de retiro hasta que efectivamente se produzca el pago.
- 5- Que se dé cumplimiento a la sentencia de conformidad con los artículos 192 y siguientes del CPACA.





- HECHOS

El demandante expone como fundamentos facticos de sus pretensiones los siguientes:

La demandante contrajo matrimonio con el señor LUIS ENRIQUE SILVA GALINDO (QEPD), el 02 de septiembre de 1956. Que la demandada CREMIL reconoció pago de asignación de retiro al suboficial LUIS ENRIQUE SILVA GALINDO (QEPD), a partir del 01 de octubre de 1964. El señor LUIS ENRIQUE SILVA GALINDO (QEPD), estando casado, también sostenía una relación extramatrimonial con la señora MERY LOPEZ LINARES, quien hoy en día es quien disfruta de la asignación de retiro del difunto.

En septiembre de 1999, fallece el señor LUIS ENRIQUE SILVA GALINDO. Por ello, la señora EDIT LOPEZ LINARES solicita la sustitución de la asignación de retiro. Sin embargo, CREMIL niega tal petición a través de las resoluciones No. 2082 de 26 de junio de 2003, la No. 3354 de 08 de octubre de 2003 que resolvió el recurso de reposición y el contenido del consecutivo No. 2018-51617 de 18 de mayo de 2018, por el cual se niega el reconocimiento y pago de la sustitución de asignación de retiro.

- FUNDAMENTOS DE LAS PRETENSIONES

Fundamento la presente demanda en lo preceptuado en la Constitución Política de Colombia en sus artículos 13, 42, 48 y 53.

Decreto 1211 de 1990, artículos 185 y 195.

Ley 447 de 1998.

Ley 923 de 2004 y D.R. 4433 DE 2004.

Sentencia T-128/16.

Considero violadas por el acto administrativo acusado las siguientes normas constitucionales y legales, así:

Los actos demandados que niegan la sustitución pensional deprecada vulneran la normativa superior al desconocer el vínculo matrimonial existente y no disuelto, la existencia de hijos nacidos del mismo, y el hecho de que la demandante por más de 50 años brindó a su esposo ayuda mutua, auxilio y el amor de esposa.

- CONTESTACIÓN

La Caja de Retiro de las Fuerzas Militares en su contestación de la demanda, se opone a las pretensiones de la misma, aduciendo que tanto el trámite como el acto administrativo demandada se encuentra conforme a ley, pues la hoy demandante durante el trámite administrativo no demostró las exigencias de ley para el





reconocimiento del derecho de sustitución, por lo que no se configura causal alguna de nulidad en el presente asunto.

- **TRAMITES PROCESALES**

La demanda fue presentada inicialmente ante los jueces administrativos de la ciudad e Bogotá, y remitida a este circuito por el factor territorial de competencia, asumiendo este despacho la misma, y admitiéndola mediante auto del mes de abril de 2019, siendo notificada al demandante por estado electrónico del 03 de abril del mismo año.

Posteriormente fue notificada personalmente a la demandada, a la Agencia de Defensa Jurídica del Estado y al Ministerio Público el día 06 de junio de 2019 de conformidad con el artículo 199 del CPACA.

Posteriormente, se celebró audiencia inicial, y el día 07 de julio de 2021 audiencia de pruebas en la cual se cerró debate probatorio y corriéndose traslado para alegar de conclusión por el término de 10 días.

- **ALEGACIONES**

DE LA PARTE DEMANDANTE. No presentó alegatos de conclusión.

DE LA PARTE DEMANDADA:

CREMIL: Esencialmente itera lo dicho en su contestación, esto es, que los actos demandados se atienen a la ley especial, pues la demandante no ha demostrado los requisitos de ley para el reconocimiento de sustitución pensional. Pidiendo que se nieguen las pretensiones.

MINISTERIO PUBLICO: Se abstuvo de emitir concepto.

3. CONTROL DE LEGALIDAD

En cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 207 del CPACA, revisada la etapa procesal surtida en el proceso de la referencia, el Despacho procede a constatar si hay alguna irregularidad que deba subsanarse o que genere nulidad, no encontrando ninguna causal de vicio o irregularidad.

Atendiendo a la naturaleza del asunto y de acuerdo a las competencias establecidas en la ley, procede el Despacho a proferir sentencia dentro del presente proceso.

4. CONSIDERACIONES

- **PROBLEMA JURIDICO**

Le corresponde al Despacho determinar si la accionante EDIT LOPEZ LINARES, reúne los requisitos legales y jurisprudenciales para que se reconozca y pague a su favor sustitución de asignación de retiro, en calidad de cónyuge sobreviviente de LUIS ENRIQUE SILVA GALINDO (QEPD).





- TESIS

De los lineamientos legales y jurisprudenciales expuestos, es claro que no basta aducir que existe vínculo matrimonial no disuelto, por cuanto el factor determinante para establecer qué persona tiene derecho a la sustitución pensional en casos de conflicto entre el cónyuge supérstite y la compañera permanente es el compromiso de apoyo afectivo y de comprensión mutua existente entre la pareja al momento de la muerte de uno de sus integrantes, es por ello que la ley ha establecido la pérdida de este derecho para el cónyuge supérstite que en el momento del deceso del causante no hiciere vida en común con él, salvo la existencia de justa causa imputable a la conducta del fallecido.

En aplicación de las máximas de la experiencia las circunstancias verificadas en el trámite del proceso dejan en duda que al momento de la muerte del señor LUIS ENRIQUE SILVA GALINDO (QEPD), estuviera conviviendo con EDIT LÓPEZ LINARES, denotándose con ello que no existía compromiso de apoyo afectivo y de comprensión mutua entre la pareja al momento de la muerte de uno de sus integrantes, así como tampoco se prueba una justa causa imputable a la conducta del fallecido que haya dado motivo la separación; concomitantemente, no debemos olvidar que la carga de la prueba la tiene en este caso la parte demandante sin que trajera una que generara la certeza que exige la ley, y soslayando con dicha omisión la imposición del artículo 167 CGP.

Así mismo resalta esta Judicatura que, respecto a la normativa estudiada y vigente al momento de los hechos no existe ambigüedad, confrontación o duplicidad de normas que conlleve a la aplicación del principio de favorabilidad en el presente asunto, pues respecto al punto álgido en discusión, como lo es la convivencia, todos son claros al imponer dicha exigencia.

Conforme los fundamentos fácticos y jurídicos antes expuestos, concluye este Despacho judicial que la parte accionante no logró demostrar la supuesta ilegalidad que se expuso en la demanda, estando entonces los actos administrativos conforme a derecho, y en consecuencia, las pretensiones de la demanda serán negadas.

A las anteriores conclusiones se ha arribado, teniendo en cuenta las siguientes premisas probatorias, fácticas y normativas:

- MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

La Ley 66 de 1989, revistió al Presidente de la República de facultades extraordinarias para reformar los estatutos y el régimen prestacional del personal de oficiales, suboficiales, agentes y civiles del Ministerio de Defensa, las Fuerzas Militares y la Policía Nacional. En ejercicio de dichas facultades, el Gobierno Nacional expidió los Decretos ley 1211, 1212, 1213 y 1214 de 1990, mediante los cuales se regularon las prestaciones sociales del personal de oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares; del personal de oficiales y suboficiales de la Policía Nacional; del personal de Agentes de la Policía Nacional y del personal Civil del Ministerio de Defensa y la Policía Nacional, respectivamente.





El Decreto 1211 de 1990, reformó el estatuto del personal de oficiales y suboficiales de las fuerzas militares. En el título V contiene lo relacionado con las prestaciones en actividad, en retiro, por separación, por incapacidad e invalidez, por muerte, por desaparición y cautiverio. Dentro de las prestaciones periódicas por retiro se encuentra la asignación de retiro consagrada en el artículo 163 el cual consagra:

“ARTICULO 163. ASIGNACION DE RETIRO. Durante la vigencia del presente estatuto, los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares que sean retirados del servicio activo después de quince (15) años, por llamamiento a calificar servicios o por voluntad del Gobierno o de los de Comandos de Fuerza, según el caso, o por sobrepasar la edad máxima correspondiente al grado, o por disminución de la capacidad psicofísica, o por incapacidad profesional, o por inasistencia al servicio por más de cinco (5) días sin tener causa justificada, o por conducta deficiente, y los que se retiren a solicitud propia después de veinte (20) años de servicio, tendrán derecho a partir de la fecha en que terminen los tres (3) meses de alta, a que por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares se les pague una asignación mensual de retiro equivalente al cincuenta por ciento (50%) del monto de las partidas de que trata el artículo 158 de este Estatuto, por los quince (15) primeros años servicio y un cuatro por ciento (4%) más por cada año que exceda a los quince (15), sin que el total sobrepase del ochenta y cinco por ciento (85%) del mismo monto.”

Mientras que el artículo 185 ibíd. (vigente para la época de la muerte), indica:

“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 a los padres.
 - Si el causante es hijo adoptivo la totalidad de la prestación corresponde a los padres adoptantes en igual proporción.
 - Si el causante es hijo extramatrimonial, la prestación se divide en partes iguales entre los padres.



202001-03



- Si el causante es hijo extramatrimonial con adopción, la totalidad de la prestación corresponde a sus padres adoptivos en igual proporción.
- Si no concurriere 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 corresponder a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares.”

Por su parte el artículo 195 ejusdem, determinó:

“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.

PARAGRAFO. 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 hubiere 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 superstite.

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.” (Negrillas y subrayas fuera de texto).

Respecto a los beneficiarios de la sustitución de la asignación de retiro el Decreto 2070 de 2003 en su artículo 11º estableció:

“Artículo 11. Orden de beneficiarios. Las pensiones causadas por la muerte del personal de Oficiales, Suboficiales y Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares, Oficiales, Suboficiales, miembros del Nivel Ejecutivo y Agentes de la Policía Nacional, y Alumnos de las escuelas de formación, en servicio activo o en goce de asignación de retiro o pensión, serán reconocidas y pagadas en el siguiente orden:

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



SECCION 1.1



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

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

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

11.5 Si no hubiere cónyuge o compañero (a) permanente sobreviviente, ni hijos, ni padres, la pensión le corresponderá previa comprobación de que el causante era su único sostén, a los hermanos menores de dieciocho (18) años o inválidos absolutos. La porción del cónyuge acrecerá a la de los hijos y la de estos entre sí y a la del cónyuge, y la de los padres entre sí y a la del cónyuge. En los demás casos no habrá lugar a acrecimiento.

Parágrafo. Para efectos de este artículo el vínculo entre padres, hijos y hermanos será el establecido en el Código Civil.

Igualmente, el citado Decreto 2070 en su artículo 40 estipula:

Artículo 40. Sustitución de la asignación de retiro o de la pensión .A la muerte de un Oficial, Suboficial, alumno de la escuela de formación o Soldado de las Fuerzas Militares, Oficial, Suboficial, miembro del Nivel Ejecutivo, Agente o alumno de la escuela de formación de la Policía Nacional, en goce de asignación de retiro o pensión, sus beneficiarios en el orden y proporción establecidos en el artículo 11 del presente decreto, tendrán derecho a una pensión mensual que será pagada por la entidad correspondiente, equivalente a la totalidad de la asignación o pensión que venía disfrutando el causante.

Parágrafo. En el caso del cónyuge o compañero (a) permanente supérstite, deberá acreditar que hizo vida marital con el causante hasta su muerte y que convivió con él, no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a la fecha del fallecimiento, siempre y cuando no se hayan procreado hijos en común. (Negrita y subrayas son nuestras).

Igualmente se trae a colación la Sentencia T-090 de 1993 proferida por la Corte Constitucional, en la cual se dispuso, entre otros:

*“Independientemente de la forma como se constituya la familia, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla (CP art. 42), el Estado garantiza su protección integral dada la necesidad de mantener la armonía y la unidad entre sus miembros por ser ella el fundamento de la convivencia social y de la paz (CP arts. 5º y 42). **El incremento de la unión libre en Colombia durante este siglo llevó al Constituyente de 1991 a no distinguir entre las familias creadas a partir de un matrimonio y aquellas que surgen por la decisión de vivir juntos y por ello la Constitución consagra iguales derechos a unas y otras.***



(...)

*El derecho a sustituir a la persona pensionada o con derecho a la pensión obedece a la misma finalidad de impedir que sobrevenida la muerte de uno de los miembros de la pareja el otro no se vea obligado a soportar individualmente las cargas materiales y espirituales. El vínculo constitutivo de la familia - matrimonio o unión de hecho - es indiferente para efectos del reconocimiento de este derecho. **El factor determinante para establecer qué persona tiene derecho a la sustitución pensional en casos de conflicto entre el cónyuge supérstite y la compañera o compañero permanente es el compromiso de apoyo afectivo y de comprensión mutua existente entre la pareja al momento de la muerte de uno de sus integrantes.** Es por ello que la ley ha establecido la pérdida de este derecho para el cónyuge supérstite que en el momento del deceso del causante no hiciera vida en común con él, salvo la existencia de justa causa imputable a la conducta del fallecido. Respecto del derecho a la sustitución pensional rige el principio de igualdad entre cónyuges supérstites y compañeros (as) permanentes porque, siendo la familia el interés jurídico a proteger, no es jurídicamente admisible privilegiar un tipo de vínculo específico al momento de definir quién tiene derecho a este beneficio. Por el contrario, la ley acoge un criterio material - convivencia efectiva al momento de la muerte - y no simplemente formal - vínculo matrimonial - en la determinación de la persona legitimada para gozar de la prestación económica producto del trabajo de la persona fallecida. En consecuencia, en el hipotético caso de la negación de este derecho a la compañera permanente bajo el argumento de un vínculo matrimonial preexistente, pero disociado de la convivencia efectiva - v.gr. por el abandono de la esposa debido a la carga que representaba el cónyuge limitado físicamente -, se configuraría una vulneración del derecho de igualdad ante la ley en perjuicio de quien materialmente tiene derecho a la sustitución pensional.”*

Principio de favorabilidad y condición más beneficiosa.

En atención a que el apoderado de la parte demandante motiva esencialmente sus pretensiones sobre el principio de FAVORABILIDAD y la figura de la CONDICIÓN MÁS BENEFICIOSA, seguidamente traemos a colación sentencia de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral, del 15 de febrero de 2011, con radicación No. 40662, Magistrado Ponente: Carlos Ernesto Molina Monsalve, en la cual se precisan las conceptualizaciones y diferencias entre las instituciones arriba referidas, así:

“Los principios de **favorabilidad** e **indubio pro operario** difieren de la condición más beneficiosa. **El primero se presenta en caso de duda sobre la aplicación de normas vigentes de trabajo.** Las características primordiales son: (i) la duda surge sobre la aplicación de dos o más normas, entendidas éstas como “un enunciado hipotético al cual se enlaza una determinada consecuencia jurídica”; (ii) las disposiciones deben ser válidas y estar en vigor; (iii) deben regular la misma situación fáctica, y (iv) al emplearse debe respetarse el principio de la inescindibilidad o conglobamento, es decir, la norma escogida no solamente se utiliza íntegramente, sino como un todo, como un cuerpo o conjunto normativo. A contrario sensu, **el principio in dubio pro operario**, se presenta cuando frente a una misma norma laboral surgen varias interpretaciones sensatas, la cual implica la escogencia del ejercicio hermenéutico que más le favorezca al trabajador. Además, Tiene como particularidades las siguientes: (i) su aplicación se restringe para aquellos eventos en que nazca en el juez una duda en la interpretación, es decir, si para él no existe, así





la norma permita otras interpretaciones, no es obligatorio su empleo; (ii) los jueces no están obligados en todos los casos a acoger como correctas las interpretaciones que de las normas propongan las partes, tanto demandante como demandado, y (iii) no se hace extensivo a los casos en que al juzgador pueda surgirle incertidumbre respecto de la valoración de una prueba, esto es, la que resulta de defecto o insuficiencia en la prueba de los hechos, dado que el artículo 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social consagra la potestad de los jueces de formar libremente su convencimiento y no los sujeta a una tarifa legal de prueba. Por último, **la condición más beneficiosa**, se distingue porque: (i) opera en el tránsito legislativo, y ante la ausencia de un régimen de transición; (ii) se debe cotejar una norma derogada con una vigente, y (iii) el destinatario posee una situación jurídica concreta, la cual es protegida, dado que con la nueva ley se le desmejora. (...) **la primera, se refiere al conflicto o duda sobre la aplicación de normas vigentes de trabajo, la segunda alude a duda en la interpretación de una norma y, la tercera, a la sucesión normativa**, que implica la verificación entre una norma derogada y una vigente. (...)”

Con fundamento en todas las consideraciones expuestas, pasa el Despacho a analizar y resolver el caso concreto que se discute en el presente proceso.

- CASO CONCRETO

En el presente caso, conforme al problema jurídico planteado, se debe determinar si la señora EDIT LÓPEZ LINARES tiene derecho a que se le reconozca y pague sustitución de asignación de retiro, en calidad de conyugue del fallecido señor LUIS ENRIQUE SILVA GALINDO.

Ahora, dentro del acervo probatorio obrante al interior de la actuación, el Despacho destaca las siguientes:

-Resoluciones No. 2082 de 26 de junio de 2003, la No. 3354 de 08 de octubre de 2003 que resolvió el recurso de reposición y el contenido del consecutivo No. 2018-51617 de 18 de mayo de 2018, por el cual se niega el reconocimiento y pago de la sustitución de asignación de retiro.

- Expediente administrativo que dio origen a las Resoluciones No. 2082 de 26 de junio de 2003, No. 3354 de 08 de octubre de 2003, y el contenido del consecutivo No. 2018-51617 de 18 de mayo de 2018.

-Así mismo se recibió el testimonio de CARLOS OLMEDO LLANOS ARANA (Min 15:31 – 29:05).

Citadas las pruebas anteriores, y luego de confrontadas las circunstancias fácticas y jurídicas expuestas en el libelo, y el extremo pasivo en su contestación, se constata que el motivo por el cual se niega el derecho de sustitución a la señora Edit López Linares se centra en que, si bien expone la existencia de matrimonio, no demuestra convivencia dentro de los cinco (05) últimos años de vida del señor LUIS ENRIQUE SILVA GALINDO.

Al respecto aduce el apoderado del extremo activo que CREMIL desconoció el vínculo matrimonial existente y no disuelto, la existencia de hijos nacidos del





mismo, así como el mandato del artículo 9 de la Ley 447 de 1998 (que modificó el parágrafo del artículo 195 del Decreto Ley 1211 de 1990), que determinó lo siguiente:

“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.

PARAGRAFO. 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 hubiere 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 superstite.

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.” (Negrillas y subrayas fuera de texto).

Igualmente, respecto a la sustitución de la asignación de retiro el Decreto 2070 de 2003 en su artículo 40 determinó:

Artículo 40. *Sustitución de la asignación de retiro o de la pensión .A la muerte de un Oficial, Suboficial, alumno de la escuela de formación o Soldado de las Fuerzas Militares, Oficial, Suboficial, miembro del Nivel Ejecutivo, Agente o alumno de la escuela de formación de la Policía Nacional, en goce de asignación de retiro o pensión, sus beneficiarios en el orden y proporción establecidos en el artículo 11 del presente decreto, tendrán derecho a una pensión mensual que será pagada por la entidad correspondiente, equivalente a la totalidad de la asignación o pensión que venía disfrutando el causante.*

Parágrafo. En el caso del cónyuge o compañero (a) permanente supérstite, deberá acreditar que hizo vida marital con el causante hasta su muerte y que convivió con él, no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a la fecha del fallecimiento, siempre y cuando no se hayan procreado hijos en común. (Negrita y subrayas son nuestras).

Vemos pues, que la normativa vigente al momento de los hechos y la subsiguiente exigía, y exige, la existencia de vida en común o marital, respecto a esta exigencia la Corte Constitucional de antaño ha indicado¹:

El derecho a sustituir a la persona pensionada o con derecho a la pensión obedece a la misma finalidad de impedir que sobrevinida la muerte de uno de los miembros de la pareja el otro no se vea obligado a soportar individualmente las cargas materiales y

¹ Sentencia T-090 de 1993.





espirituales. El vínculo constitutivo de la familia - matrimonio o unión de hecho - es indiferente para efectos del reconocimiento de este derecho. **El factor determinante para establecer qué persona tiene derecho a la sustitución pensional en casos de conflicto entre el cónyuge supérstite y la compañera o compañero permanente es el compromiso de apoyo afectivo y de comprensión mutua existente entre la pareja al momento de la muerte de uno de sus integrantes. Es por ello que la ley ha establecido la pérdida de este derecho para el cónyuge supérstite que en el momento del deceso del causante no hiciere vida en común con él, salvo la existencia de justa causa imputable a la conducta del fallecido.** Respecto del derecho a la sustitución pensional rige el principio de igualdad entre cónyuges supérstites y compañeros (as) permanentes porque, siendo la familia el interés jurídico a proteger, no es jurídicamente admisible privilegiar un tipo de vínculo específico al momento de definir quién tiene derecho a este beneficio. Por el contrario, la ley acoge un criterio material - convivencia efectiva al momento de la muerte - y no simplemente formal - vínculo matrimonial - en la determinación de la persona legitimada para gozar de la prestación económica producto del trabajo de la persona fallecida. En consecuencia, en el hipotético caso de la negación de este derecho a la compañera permanente bajo el argumento de un vínculo matrimonial preexistente, pero dissociado de la convivencia efectiva - v.gr. por el abandono de la esposa debido a la carga que representaba el cónyuge limitado físicamente -, se configuraría una vulneración del derecho de igualdad ante la ley en perjuicio de quien materialmente tiene derecho a la sustitución pensional.” (Negrillas y subrayas fuera de texto)

De los lineamientos legales y jurisprudenciales expuestos, es claro que no basta aducir que existe vínculo matrimonial no disuelto, por cuanto el factor determinante para establecer qué persona tiene derecho a la sustitución pensional en casos de conflicto entre el cónyuge supérstite y la compañera permanente es el compromiso de apoyo afectivo y de comprensión mutua existente entre la pareja al momento de la muerte de uno de sus integrantes, es por ello que la ley ha establecido la pérdida de este derecho para el cónyuge supérstite que en el momento del deceso del causante no hiciere vida en común con él, salvo la existencia de justa causa imputable a la conducta del fallecido.

Del acervo probatorio se trae a colación declaración extraprocesal del señor LUIS ENRIQUE SILVA GALINDO, fechada **10 de noviembre de 1995**, quien en aquella época manifestó:

“El señor LUIS ENRIQUE SILVA GALINDO, mayor de edad, domiciliado en Ciudad Dorada Chalet 2 de Armenia (Q) identificado con la cédula de ciudadanía número 5.805.273 expedida en Ibagué (T), de estado civil SEPARADO, de profesión u oficio PENSIONADO DEL MINISTERIO DEFENSA, actuando en sus propios nombres y ante el Notario Cuarto del Círculo de Armenia, Quindío de conformidad con el decreto número 1557 de 1989, lo siguiente:

DE PRIMERO Que son mis nombres y numero de cedula tal como quedaron inscritos.

SEGUNDO: Que si es cierto que yo convivo en UNION LIBRE con la señora MERY LOPEZ LINARES, hace Diez y Ocho años



20230114-3



TERCERO: Que si es cierto que mi compañera MERY, no se encuentra vinculada ninguna ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD.

CUARTO: Que si es cierto que yo soy Separados (SIC) y ella es viuda.

QUINTO: Que si es cierto que mi compañera, depende económicamente de mis ingresos Mensuales

SEXTO: Que si es cierto que mi compañera no se encuentra jubilada ni recibe pensión de entidad alguna.

En constancia de lo anterior se firma la presente declaración hoy Diez (10) del mes de Noviembre de 1995, por las personas que en ella intervinieron”

Vemos que declara en vida el señor LUIS ENRIQUE SILVA GALINDO (QEPD), como profesión u oficio el de pensionado, ser separado, y conviviendo en unión libre con la señora MERY LÓPEZ LINARES, en la ciudad de Armenia, que dicha persona depende económicamente de él, y reconociendo su convivencia con dicha persona por 18 años, manifestación que data del año 1995; recordemos que conforme registro civil de defunción, dicha persona muere en el año de 1999.

Ahora, siendo que en el legajo reposan la totalidad de las pruebas del expediente administrativo que dio lugar a reconocer la sustitución de asignación de retiro a la señora MERY LÓPEZ LINARES, y la negación respecto a EDIT LÓPEZ LINARES, se verifica que respecto a ellas en el presente asunto solo se trajo como elemento probatorio novedoso el testimonio del señor CARLOS OLMEDO LLANOS ARANA (Min 15:31 – 29:05), quien manifestó que fue vecino de LUIS ENRIQUE SILVA GALINDO (QEPD) en la ciudad de Cali, conociéndolo desde el año 1972; indicando que sabe que tiene cinco hijos y exteriorizando el nombre de cada uno de ellos; que sabía que era casado con doña Edit y convivía con ella, y que el señor LUIS ENRIQUE SILVA GALINDO (QEPD) visitaba a sus hijos en semana santa y diciembre, que compartía con ellos, pues SILVA GALINDO no vivía en Cali, sino en Armenia, y que supone que vivía en esta última ciudad por aspectos de trabajo; que se enteró por boca de doña EDIT de la muerte del señor LUIS ENRIQUE SILVA GALINDO, y no sabe de que murió ni quién asistió al sepelio; manifiesta igualmente no saber quien acompañó o cuidó por enfermedad al señor LUIS ENRIQUE SILVA GALINDO.

El testimonio antes referido no es creíble para este Despacho, pues el mismo genera dudas en cuanto a su dicho, ya que se alude convivencia normal entre EDIT y el señor LUIS ENRIQUE SILVA GALINDO (QEPD), pero paralelamente manifiesta que este último visitaba a sus hijos solo en época de Semana Santa y fin de año; resaltándose igualmente que a pesar de manifestar conocerse desde el año 1972 no sabía porque SILVA GALINDO (QEPD) vivía en la ciudad de Armenia y no en Cali; y al preguntársele si tenía conocimiento de quien acompañó o cuidó por enfermedad al señor LUIS ENRIQUE y la causa de su muerte, manifestó no saber nada al respecto, y que supo de la muerte solo por boca de EDIT, por lo que el relato no es coherente y contraría reglas de la experiencia, de allí que no se le pueda creer ni conferir peso probatorio alguno.

A lo anterior, se debe sumar que en vida el señor LUIS ENRIQUE SILVA GALINDO (QEPD) personalmente elevó solicitud para amparar en el sistema de





seguridad social en salud a su compañera permanente MERY LÓPEZ LINARES, tal como se corrobora con las documentales arrimadas; por lo que en aplicación de las máximas de la experiencia dichos aspectos dejan en duda que al momento de la muerte del señor LUIS ENRIQUE SILVA GALINDO (QEPD), estuviera conviviendo con EDIT LÓPEZ LINARES, denotándose con ello que no existía compromiso de apoyo afectivo y de comprensión mutua entre la pareja al momento de la muerte de uno de sus integrantes, así como tampoco se prueba una justa causa imputable a la conducta del fallecido que haya dado motivo la separación; concomitantemente, no debemos olvidar que la carga de la prueba la tiene en este caso la parte demandante sin que trajera una que generara la certeza que exige la ley, y soslayando con dicha omisión la imposición del artículo 167 CGP.

Ahora, si bien esta Casa Judicial en audiencia de pruebas manifestó que en razón a la inasistencia de la señora MERY LÓPEZ LINARES, se aplicarían las consecuencias del artículo 205 CGP, no es menos cierto que la apoderada del extremo activo no arrimó cuestionario a resolver del cual se pudieran calificar hechos susceptibles de confesión, así como tampoco se pueda calificar alguno de los consignados en la demanda, pues ninguno se predica respecto a MERY LÓPEZ LINARES, que pueda conllevar a confesión presunta. Así mismo resalta esta Judicatura que, respecto a la normativa estudiada y vigente al momento de los hechos no existe ambigüedad, confrontación o duplicidad de normas que conlleve a la aplicación del principio de favorabilidad en el presente asunto, pues respecto al punto álgido en discusión, como lo es la convivencia, todos son claros al imponer dicha exigencia.

Conforme los fundamentos fácticos y jurídicos antes expuestos, concluye este Despacho judicial que la parte accionante no logró demostrar la supuesta ilegalidad que se expuso en la demanda, estando entonces los actos administrativos conforme a derecho, y en consecuencia, las pretensiones de la demanda serán negadas.

COSTAS

El artículo 188 de la Ley 1437 de 2011 dispone que “Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil”.

Hoy debemos entender que la remisión normativa debe hacerse al CODIGO GENERAL DEL PROCESO y por lo tanto acudimos artículo 365 de la ley 1564 de 2012, en donde se establece que se condenara en costas a la parte vencida en el proceso.

Ahora, para que proceda la condena en costas a la parte vencida en un proceso, se debe tener en cuenta que solo hay lugar a ella cuando en el expediente aparezca que se causaron y están sujetas a demostración efectiva, así lo dispone el numeral 8 de la norma citada:





“

8. Sólo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación.”

En el presente caso, el despacho estima que no es procedente la condena en costas a la parte demandante, por cuanto la finalidad de las mismas es retribuir a la contraparte los gastos en que incurrió en el ejercicio de su defensa, lo cual no se cumple en este caso porque no se observa que la entidad demandada haya incurrido en gastos procesales y no se acreditó la causación de las agencias en derecho.

5. DECISIÓN

Por lo anterior, el Juzgado Octavo Administrativo Oral del Circuito de Cartagena, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

PRIMERO: NEGAR las pretensiones de la demanda, conforme se explicó en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: NO CONDENAR en costas.

TERCERO Ejecutoriada la presente providencia, archívese el expediente, dejando las constancias del caso.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Firmado Por:

Enrique Antonio Del Vecchio Dominguez
Juez Circuito
Contencioso 008 Administrativa
Juzgado Administrativo
Bolívar - Cartagena

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

69348ef19d4393f7c16a1dd630cddc9621ccbb11b482951805bea9c073bc2d9b

Documento generado en 27/08/2021 09:47:33 AM

Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>



20200814-9