



**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RISARALDA
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN
MAGISTRADO PONENTE: JUAN CARLOS HINCAPIÉ MEJÍA**

Aprobado por la Sala en sesión de hoy
Pereira, cinco (5) de marzo de dos mil veintiséis (2026)

Referencia:

Radicado: 66001-33-33-004-2019-00141-01 (J-0369-2024)

Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Demandante: Aura Ballesteros Rojas

Demandado: Caja de Retiro de las Fuerzas Militares – CREMIL

Apelación de Sentencia

Procede la Sala a decidir sobre el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia dictada por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Pereira, **mediante la cual accedió a las pretensiones de la demanda.**

ANTECEDENTES

La señora Aura Ballesteros Rojas, a través de apoderado judicial, instauró demanda en ejercicio del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, consagrado en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, contra la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares - CREMIL, en procura de las siguientes:

I. PRETENSIONES

Fueron expuestas por la parte demandante las que se resumen así¹:

1.1. Que se declare la nulidad de las Resoluciones No. 494 del 12 de febrero de 2019 y No. 2142 del 15 de marzo de 2019 expedidas por CREMIL, por medio de las cuales se negó a la demandante el reconocimiento y pago de la sustitución de

¹ Págs. 10 y ss expediente digital SAMAI -Otras instancias.

asignación de retiro por el fallecimiento del sargento primero (R) del Ejército, señor Liborio Cruz; y se resolvió desfavorablemente el recurso de reposición, respectivamente.

1.2. Que, como consecuencia de lo anterior, se ordene a la demandada a reconocer y pagar la sustitución de asignación de retiro del sargento primero (R) del Ejército, señor Liborio Cruz en favor de la demandante, e indexada hasta la fecha de su pago.

1.3. Que se condene a la demandada a reconocer y pagar el retroactivo de su mesada pensional con todos sus emolumentos de la asignación de retiro del Señor Sargento Primero (RE) LIBORIO CRUZ, **desde el día 08 de diciembre de 2018**, fecha en la cual falleció el Suboficial, hasta el día de la inclusión en nómina de la demandante.

1.4. Que se condene a la demandada al pago de costas en los términos del artículo 188 del CPACA.

II. HECHOS

Se resumen de la siguiente manera²:

2.1. Mediante Resolución No. 2880 del 9 de diciembre de 1977, de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, le reconoce al señor Liborio Cruz la asignación de retiro en el grado de Sargento Primero del Ejército Nacional.

2.2 **Desde el 25 de mayo de 2005, el señor Liborio Cruz inició convivencia pacífica bajo el mismo techo con la señora Aura Ballesteros Rojas; y el 23 de mayo de 2009 contrajeron matrimonio civil.**

2.3 **El día 14 de mayo de 2015, llevaron a cabo divorcio de común acuerdo**, pero sin interrumpir la convivencia que continuó bajo el mismo techo y con las mismas obligaciones de pareja que venían ejerciendo desde el inicio de la relación.

2.4 Luego, **el día 02 de septiembre de 2015, la pareja decide contraer nupcias nuevamente por el rito civil** como lo prescribe el registro civil de matrimonio con Serial No. 6038014, conservando así su convivencia desde el 25 de mayo de 2005,

² Pág. 3 y ss., *ibidem*.

hasta el día 8 de diciembre de 2018, fecha en que falleció el señor LIBORIO CRUZ, según consta en el registro civil de defunción.

2.5 Mediante reclamación elevada ante la entidad demandada el 02 de enero de 2019, la señora Aura Ballesteros Rojas solicitó el reconocimiento y pago de la sustitución pensional allegando las pruebas de la convivencia con su esposo desde el 25 de mayo de 2005, con el carné de salud con fecha de afiliación el 16 de junio de 2009.

2.6 La solicitud anterior fue negada por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares a través de los actos administrativos acusados, porque a través de escrito de fecha 25 de mayo de 2015, el causante puso en conocimiento de la entidad el registro civil de divorcio llevado a cabo en el mes de mayo de 2015, con la señora Aura Ballesteros y contabilizó el tiempo de convivencia a partir del 2 de septiembre de 2015, fecha en la cual contrajeron de nuevo nupcias.

2.7 A la fecha de fallecimiento -8 de diciembre de 2018-, obviamente no se cumplían cinco años de convivencia anterior a su fallecimiento; sin embargo, **CREMIL no tuvo en cuenta las pruebas aportadas que indican que la convivencia no se afectó con el divorcio realizado el 14 de mayo de 2015** y que por el contrario se fortaleció más contrayendo nuevamente nupcias el 2 de septiembre de 2015, donde además se fijó la dirección de notificación para ambas partes, la que corresponde a su residencia habitual donde siempre permanecieron juntos desde antes y después del divorcio hasta su fallecimiento.

2.7 La decisión tomada por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, mediante Resolución No. 494 del 12 de febrero de 2019 confirmada por la Resolución No. 2142 del 15 de marzo de 2019, lesiona gravemente el derecho al mínimo vital, al derecho a la igualdad, seguridad social, de la demandante.

III. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

La parte demandante señala como normas quebrantadas las siguientes:

- Constitución Política: artículos 13, 48, 49, 53, 39, 58, 29, 87, 209, 228 y 230.
- Ley 1437 de 2011, artículos 3, 103, 138, 156, 157, 159, 161, 162
- Decreto 4433 de 2004, artículo 11.

Como concepto de la violación, la parte demandante en síntesis señala que la actuación de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares de Colombia (CREMIL), plasmada en los administrativos acusados, no fue consecuente con los principios constitucionales orientadores de la actuación administrativa e irreverente de los derechos de la demandante Aura Ballesteros Rojas y vulneró desde todo punto de vista, el derecho a la dignidad humana de la actora, porque se le desconoció el derecho legal y constitucional de acceder al beneficio adquirido como la esposa que por tantos años fue del extinto Sargento Primero del Ejército Nacional.

Se le ha coartado su derecho al mínimo vital que constituye los ingresos básicos como medio de subsistencia que pudiese obtener mediante la sustitución de asignación de retiro, no es justo que por la pésima interpretación de la norma, la pobre o nada sustentación del acto administrativo y la negligencia de evaluar y apreciar en conjunto las pruebas aportadas, se tome una decisión completamente arbitraria que lesiona gravemente los derechos fundamentales de la demandante.

El Estado, en cabeza de la administración y por obvias razones de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares de Colombia, tiene que ser garante de los derechos fundamentales de sus afiliados, es una obligación *sine qua non* que por ninguna de las circunstancias puede evadir, pero en este caso existió un completo abandono de tan vital función constitucional, pues la decisión hace presumir de una administración completamente equivocada en sus decisiones y con resultados perversos frente a los postulados constitucionales transcritos y otros del mismo ordenamiento jurídico.

IV. INTERVENCIÓN DE LA ENTIDAD DEMANDADA

La entidad demandada Caja de Retiro de las Fuerzas Militares – CREMIL³, dio contestación a la demanda oponiéndose a las pretensiones al señalar que:

Una vez revisado el expediente administrativo del señor Sargento Primero (r) del Ejército Cruz Liborio se encontró que mediante radicado No. 1651502 del 28 de mayo de 2015, informa a la entidad de su estado civil, a través de escrito por medio del cual aporta original del registro civil de divorcio con la señora Aura Ballesteros Rojas llevado a cabo en el mes de mayo de 2015, en virtud de ello y ante la solicitud de reconocimiento de la sustitución de asignación de retiro elevada por la demandante,

³ Pág. 89 y ss archivo 01 expediente digital SAMAI -Otras instancias.

la entidad profirió la Resolución No. 494 del 12 de febrero de 2019, negando la solicitud de conformidad con lo dispuesto en el artículo 11 del Decreto 4433 de 2004.

Expone que, del contenido del artículo 195 del Decreto 1211 de 1990, para el momento en que se produjo el deceso del militar, la regla general es que 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; siendo la causal de no convivencia la que establece una excepción y es precisamente cuando los cónyuges no conviven por fuerza mayor o caso fortuito, debidamente comprobados y en este asunto la parte actora no aportó las pruebas que demostraran la existencia de la fuerza mayor alegada para acceder al derecho.

Se tienen entonces que uno de los factores determinantes para efectos del reconocimiento de la sustitución pensional, es la convivencia al momento del fallecimiento y al no haberse acreditado dicho requisito, era procedente negar tal reconocimiento; la demandante se encontraba separada de hecho y no convivía con el militar, requisito *sine qua non* establecido por el legislador para tal fin; entonces bajo estos presupuestos mal podría la Administración otorgarle la sustitución pensional.

De manera que, en los términos del Decreto 4433 de 2004, artículo 11, y artículo 3º de la Ley 933 de 2004, el reconocimiento de la sustitución pensional no se otorga cuando existe divorcio o disolución de la sociedad de hecho que fue lo que ocurrió en el caso concreto.

Concluye señalando que, para efectos del reconocimiento de la sustitución pensional de la asignación de retiro, **debe encontrarse demostrada la convivencia real y afectiva de la peticionaria por lo menos de 5 años continuos, inmediatamente anteriores a la muerte del causante**, lo que no sucede en el caso bajo estudio, toda vez que no existen documentos en el expediente administrativo del militar, que indiquen y demuestren que la peticionaria convivió con el causante bajo un mismo techo, por un tiempo superior a 5 años inmediatamente anteriores a la muerte del mismo; al contrario se encontró que mediante radicado No. 1651502 del 28 de mayo de 2015, el militar informa a la entidad de su estado civil allegando registro civil de divorcio ante la Notaría Quinta de Pereira; de manera que los actos administrativos acusados conservan su presunción de legalidad.

Mediante proveído del 22 de marzo de 2022, el Juzgado Cuarto Administrativo del

Circuito de Pereira, dispuso la vinculación al proceso de la señora Olga López Morales como litisconsorte necesario toda vez que tiene un interés directo en los resultados del presente medio de control, ya que en su sentir también le asiste derecho a exigir el 25% del valor de la asignación de retiro del señor Liborio Cruz por haberse ordenado así por el Juzgado Primero de Familia de Pereira, a través de sentencia del 6 de julio de 1995; y como previamente lo solicitó a CREMIL en reclamación del día 15 de julio de 2019.

Por su parte, dentro del término de ley la señora **Olga López Morales**, allegó escrito de contestación de la demanda⁴, a través del cual indicó que el reconocimiento total de la sustitución de la asignación de retiro a la señora Aura Ballesteros, afectaría los derechos ya reconocidos por la Corte Constitucional a la señora Olga López, en consecuencia, se opone a ello.

Manifiesta que, **en el año 1966, Olga López Morales contrajo matrimonio católico con el señor Liborio Cruz**. En ese vínculo nacieron dos hijos. La accionante siempre estuvo dedicada a las labores de cuidado del hogar y crianza de los dos niños, por lo que jamás desempeñó labores remuneradas diferentes a las del cuidado de su familia; tras casi 28 años de convivencia, Liborio Cruz demandó a Olga López Morales para solicitar el divorcio y el 15 de marzo de 1994, el Juzgado Primero Promiscuo de Familia dirigió la audiencia de conciliación en el marco del proceso de divorcio y cesación de los efectos civiles del matrimonio católico.

Luego la señora Olga López Morales radicó demanda de fijación de cuota alimentaria y mediante sentencia de 06 de julio de 1995, el Juzgado Primero de Familia de la Ciudad de Pereira condenó a Liborio Cruz a *suministrar a su esposa Olga López de Cruz el equivalente al 25% de la pensión mensual que recibe de las fuerzas militares, ministerio de Defensa*. Sin embargo, desde que Liborio Cruz falleció -08 de diciembre de 2018-, CREMIL (desde el mes de enero de 2019) dejó de cancelar la cuota de alimentos ordenada por medio de sentencia judicial; razón por la cual el día 12 de febrero de 2019, la afectada solicitó el reconocimiento y pago de su cuota con cargo a la pensión de Liborio Cruz, pero el 3 de abril de 2019, CREMIL negó su petición aduciendo que estableció que el derecho de asignación de retiro del señor Sargento Primero (R) Liborio Cruz se había extinguido a partir del 09 de diciembre de 2018 por carecer de beneficiarios.

⁴ Archivo 016 SAMAI -Otras instancias.

Por lo anterior, la señora Olga López interpuso acción de tutela para que la Entidad le continuara pagando el porcentaje correspondiente a la cuota alimentaria, alegando que la Corte Constitucional **ha reconocido que las obligaciones alimentarias entre excónyuges examinadas en las sentencias de divorcio con cargo a la pensión de vejez persisten incluso con posterioridad de la muerte del alimentante**, siempre que se mantenga la necesidad de recibir ese ingreso, condición que -la accionante aseguró- se presentaba en su caso; obteniendo sentencia favorable por parte de la Corte Constitucional a través de sentencia T- 462 de 2021 del 16 de diciembre de 2021, y ordenó a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares - CREMIL- que, profiera un acto administrativo donde ordene el pago del 25% de la mesada pensional de Liborio Cruz a Olga López Morales por concepto de pago de cuota alimentaria.

Por lo anterior, formuló como única excepción la de «*cosa juzgada constitucional*», sin que se pueda tomar alguna decisión que afecte el 25% de la mesada pensional, en consecuencia, solicita que se deje incólume el porcentaje ordenado el cual debe cancelar la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares - CREMIL por mandato de Sentencia T-462 de 2021 del 16 de diciembre de 2021.

V. LA SENTENCIA APELADA

El Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Pereira, **accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda**, señalando que el derecho a la sustitución pensional confiere a los familiares de una persona que fallece la posibilidad de disfrutar la pensión que ésta percibía en vida. La sustitución pensional no implica el reconocimiento de una nueva prestación pensional a los beneficiarios, únicamente los legitima para subrogar al causante en el disfrute de la pensión.

Explicó que, el derecho a la sustitución pensional de la cónyuge superviviente en el régimen general de pensiones, se encuentra regulado en el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, que dispone que él o la cónyuge superviviente tendrá derecho a la sustitución pensional de forma vitalicia siempre que tenga más de 30 años al momento del fallecimiento del causante y acredite el cumplimiento de dos requisitos: (i) haber hecho vida marital con el causante hasta su muerte y (ii) haber convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte. Que la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia han aclarado que la convivencia de 5 años puede haber ocurrido «en cualquier tiempo», es decir, no necesariamente en los años

inmediatamente anteriores al fallecimiento del causante.

Agregó que el Decreto 4433 de 2004 regula el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública, el cual es un régimen especial de pensiones conforme al artículo 48 de la Constitución, el artículo 40 establece el derecho a la sustitución de la pensión o asignación de retiro y el artículo 11 el orden de beneficiarios de pensiones por muerte en servicio activo y prevé los requisitos que cada uno de los grupos de beneficiarios debe acreditar para tener derecho a la sustitución; el literal (a) del párrafo segundo ibidem, establece los requisitos que el cónyuge supérstite debe acreditar para tener derecho a la sustitución en «forma vitalicia».

Acogió lo exteriorizado en la **sentencia T-228 del 23 de junio de 2023** de la Corte Constitucional, en cuanto al derecho a la sustitución de la asignación de retiro y en especial el requisito de la convivencia con el causante durante 5 años continuos **en cualquier tiempo**.

Se refirió igualmente, acerca de la cosa juzgada en el sentido que algunas sentencias son susceptibles de cambio posterior, tal es el caso de las sentencias que deciden situaciones susceptibles de modificación mediante proceso posterior, por autorización expresa de la ley, por ejemplo, aquellos fallos que imponen una obligación alimentaria, frente al cual la Corte Constitucional señaló que *«En otras palabras, la revisión eventual del fallo mediante el cual se fija la cuota alimentaria podrá ser solicitada o invocada por la parte interesada siempre que acredite debidamente la variación de su condición o situación económica, como un hecho nuevo y posterior a la determinación inicial adoptada por vía de sentencia»*.

Adentrándose al caso concreto, encontró demostrado de los registros civiles de matrimonio con serial No. 04764775 y No. 6038014, que la accionante tuvo vínculo matrimonial con el causante Liborio Cruz **desde el 23 de mayo de 2009 hasta el 15 de mayo de 2015, y desde el 02 de septiembre de 2015 hasta el día 08 de diciembre de 2018**, día del deceso del aludido; que la prueba testimonial reveló la convivencia de 5 años de la demandante con el señor Liborio, la dependencia económica siendo dependiente de él hasta para su afiliación al sistema de seguridad social en salud de las Fuerzas Militares, razón por la cual consideró procedente el reconocimiento de la prestación a favor de la demandante, en su condición de cónyuge supérstite, quien probó la convivencia con Liborio Cruz durante al menos cinco años, así como la dependencia económica.

Respecto de la vinculada Olga López Morales, sostuvo que por sentencia del 06 de julio de 1995, el Juzgado Primero de Familia de Pereira condenó a Liborio Cruz a “suministrar a su esposa Olga López el equivalente al 25% de la pensión mensual que recibe de las fuerzas militares; luego, mediante fallo proferido por la Corte Constitucional, se ordenó que se continuara con el pago del 25% de la mesada pensional de Liborio Cruz a Olga López Morales por concepto de pago de cuota alimentaria, por cuanto la demandada había dejado de realizar el pago ordenado en las sentencias aludida, por el fallecimiento del señor Liborio Cruz; por ello el Despacho encontró configurada la cosa juzgada formal en razón a que a Olga López le fue reconocido, mediante sentencias judiciales, el derecho de pago de alimentos a cargo del señor Liborio Cruz, quien en su momento fue su cónyuge, de manera que como la señora Olga López Morales no solicitó la sustitución pensional de causante pero alegó un derecho reconocido por el juez natural para el pago de alimentos en su favor, el Juzgado no debatió sobre ello y en cambio se apegó a su conservación.

En consecuencia, resolvió:

«XI. FALLA

PRIMERO: Declarar la nulidad de las Resoluciones Resolución No. 494 del 12 de febrero de 2019 y No. 2142 del 15 de marzo de 2019, expedidas por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, a través de las cuales se negó la sustitución de la asignación de retiro del extinto Sargento Primero Liborio Cruz.

SEGUNDO: A título de restablecimiento del derecho, ordenar a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares reconocer y pagar a la señora Aura Ballesteros Rojas la sustitución de la asignación de retiro del extinto militar Liborio Cruz, en un porcentaje de 75%, establecida en el artículo 40 del Decreto 4433 de 2004, a partir del 8 de diciembre de 2018, fecha del fallecimiento de este. Sobre las sumas que resulten de la condena, la entidad deberá reconocer y pagar los ajustes de valor, conforme al índice de precios al consumidor o al por mayor, dando aplicación a la siguiente fórmula:

$$R = R.h. \frac{\text{índice final}}{\text{índice inicial}}$$

En la que el valor presente R se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es lo dejado de percibir por la demandante por concepto de la sustitución pensional, desde la fecha de la causación del derecho hasta la de ejecutoria de esta sentencia, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE, vigente en la fecha de ejecutoria de esta providencia, por el índice vigente en la fecha en que se causaron las sumas adeudadas, teniendo en cuenta los aumentos o reajustes producidos o decretados durante dicho período.

Es claro que, por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará separadamente por cada suma correspondiente a la sustitución de la asignación de retiro que dejó de devengar desde el 8 de diciembre de 2018, teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de causación

de cada una de ellas.

TERCERO. La entidad garantizará a la señora Aura Ballesteros Rojas los beneficios del Sistema de Salud de las Fuerzas Militares, que se deriven de su condición de beneficiaria de la asignación de retiro, de conformidad con lo dispuesto en el Decreto Ley 1795 de 2000.

CUARTO: La Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, continuara reconociendo y pagando el 25% de la mesada pensional ostentaba el causante Liborio Cruz, asignación sustituida a la accionante, en favor de la señora Olga López Morales por concepto de cuota alimentaria, de conformidad providencias (sic) del 15 de marzo de 1994 y del 6 de julio de 1995, así como lo ordenado por el Alto Tribunal de lo Constitucional en sentencia T-462 de 2021 del 16 de diciembre de 2021.

SEXTO (sic): Se ordena dar cumplimiento a esta providencia con observancia de lo dispuesto en los artículos 192 y 195 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

SEPTIMO: Expídase a costa de la parte interesada las copias auténticas que sean solicitadas, con las constancias secretariales requeridas, con observancia de los parámetros legales. (Artículo 114 del Código General del Proceso).

OCTAVO: EJECUTORIADA esta providencia, liquídense los gastos y las costas del proceso, devuélvanse los remanentes si a ello hubiere lugar y archívense las diligencias, previas las anotaciones respectivas en el programa SAMAI.»

VI. EL RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandada (Doc. 25) de manera oportuna interpuso y sustentó recurso de alzada frente a la decisión de primera instancia, indicando que no comparte el análisis probatorio realizado por el *a quo* toda vez que escuchadas las declaraciones rendidas por los testigos en audiencia de pruebas, **se pudo esclarecer que desde el fallecimiento del señor Liborio Cruz a la fecha**, la reclamante ha convivido de manera permanente con su hermano y su señor padre en una vivienda de propiedad de este último; así mismo, en las manifestaciones de los declarantes se dijo que la señora Aura Ballesteros Rojas ha percibido socorro y ayuda económica de parte de su hijo.

En atención a lo expuesto recalca que la señora Aura no se encontraba unida por lazos de solidaridad, amor y respeto con el señor Liborio Cruz, sino que dicha convivencia se detentó con quienes comparte residencia y con su descendiente; igualmente expone que de los testimonios constata que la demandante puede contar con la asistencia de tres personas para su seguridad social y económica y que no se encuentra desprotegida ni ha tenido que soportar una carga material.

Por lo anterior afirma, que al no encontrarse probada la existencia de fuerza mayor

o caso fortuito para la no convivencia de la cónyuge con el causante, los actos administrativos proferidos en el caso *sub examine*, estuvieron ajustados a la Ley, sin que se lograra desvirtuar la presunción de legalidad de los mismos pues la negativa de la Entidad, esto es, el no reconocimiento de la sustitución pensional a la hoy demandante, tuvo su fundamento en lo preceptuado en el Decreto Ley 1211 de 1990, artículo 188 y 195, régimen especial aplicable al personal de oficiales y suboficiales de las FF.MM., vigente al momento de los hechos; es así, que en el presente caso hay una causal que impide el reconocimiento de la sustitución pensional a la actora, como lo es que para la época de fallecimiento del militar la demandante se encontraba separada de hecho y no convivía con el militar, requisito *sine qua non* establecido por el legislador para tal fin; entonces bajo estos presupuestos mal podría la Administración otorgarle la sustitución pensional. Finalmente solicita no imponer condena en costas ni agencias en derecho en segunda instancia.

VII. PRONUNCIAMIENTOS DE LOS NO APELANTES Y CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

Según constancia secretarial que obra en el documento 05 del expediente digital, dentro del término de ejecutoria de la providencia proferida el 15 de 2024, mediante la cual se admitió el recurso de apelación formulado por la parte demandada contra la sentencia proferida por el Juez Cuarto Administrativo de este circuito judicial, las partes guardaron silencio.

El Agente del Ministerio Público, no rindió concepto.

VIII. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. COMPETENCIA

Procede el Tribunal a decidir sobre el asunto litigado, siendo competente para hacerlo en segunda instancia, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 153 y 243 inciso 1° del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Revisados los presupuestos procesales de la acción y del procedimiento, y por cuanto no se observa causal alguna que pueda dejar sin valor la actuación que

hasta ahora se ha surtido, procede la Sala a decidir en esta instancia sobre el asunto litigioso, de acuerdo con el recurso de apelación interpuesto por la entidad demandada.

CUESTIÓN PREVIA. Alteración de orden para proferir sentencia

La presente sentencia se dicta a la luz de las excepciones de prelación de fallos que permite decidir las *litis* en un orden distinto «en atención a la naturaleza de los asuntos» que, en los términos del artículo 18 de la Ley 446 de 1998 y 16 de la Ley 1285 de 2009⁵- modificado por el artículo 26 de la Ley 2430 de 2024-, exigiría su decisión en el orden cronológico en que pasaron los expedientes al despacho sustanciador, en cuanto la naturaleza del presente plenario se constituye en una temática que ya ha sido estudiada en varias ocasiones en esta jurisdicción, sobre la cual ya se ha pronunciado este Tribunal por lo que *mutatis mutandis* la Sala se encuentra habilitada para decidir el caso concreto. De igual modo, se toma en cuenta el Acuerdo No. 002 del 11 de enero de 2023 «*Por el cual se establecen los criterios de alteración del orden para proferir sentencia*», modificado por el Acta de fecha 23 de octubre de 2025 (emitidos por esta Corporación) frente a asuntos pensionales.

2. OBJETO DE LA DECISIÓN

Procede el Tribunal a analizar en esta instancia el derecho pretendido, circunscribiendo el estudio al aspecto que es materia de la impugnación formulada por la entidad demandada, para determinar si como lo estimó el Juez de primera

⁵ Modificado por el artículo 26 de la Ley 2430 de 2024: «**ARTÍCULO 63A. DEL ORDEN Y PRELACIÓN DE TURNOS.** «Los despachos judiciales tramitarán y fallarán los procesos sometidos a su conocimiento con sujeción al orden cronológico de turnos.

Sin sujeción al orden cronológico de turnos, las salas de la Corte Suprema de Justicia, las salas, secciones o subsecciones del Consejo de Estado, la Comisión Nacional de Disciplina Judicial, los Tribunales Superiores de Distritos Judiciales deberán tramitar y fallar preferentemente los procesos en los siguientes casos:

1. Cuando existan razones de seguridad nacional.
2. Para prevenir la afectación grave del patrimonio nacional.
3. Graves violaciones de los derechos humanos o crímenes de lesa humanidad.
4. Cuando revista especial trascendencia económica o social.
5. Cuando se trate de asuntos relacionados con hechos de corrupción de servidores públicos.
6. Cuando la decisión concierne a niños, niñas y adolescentes.

Los mismos despachos previstos en el inciso segundo del presente artículo podrán determinar un orden de carácter temático para la elaboración y estudio preferente de las decisiones de fondo. Para tal efecto, fijará periódicamente los temas de agrupación de los procesos y señalará, mediante aviso, las fechas en las que se asumirá el respectivo estudio. Así mismo, deberá dar prelación a aquellos procesos en que debe dar aplicación al precedente vinculante.

Estas actuaciones también podrán ser solicitadas por la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado o por la Procuraduría General de la Nación»

instancia le asiste derecho a la parte actora a la sustitución de la asignación de retiro en un 75% como cónyuge supérstite del señor Liborio Cruz, bajo las previsiones del Decreto 4433 de 2004. O si por el contrario, para acceder a tal pretensión le resulta exigible la convivencia efectiva de 5 años continuos anteriores al fallecimiento conforme lo expone la parte demandada recurrente en los actos administrativos acusados.

3. ACERVO PROBATORIO

Obran como pruebas relevantes dentro del plenario, las siguientes:

- Resolución No. 2880 del 9 de diciembre de 1977, *«Por la cual se ordena el reconocimiento y pago de la asignación de retiro del sargento primero (R) del Ejército Liborio Cruz»*, a partir del **16 de enero de 1978**⁶.
- Registro civil de matrimonio con indicativo serial No. 04764775, en el que consta que el día **23 de mayo de 2009**, el señor Liborio Cruz contrajo matrimonio civil con Aura Ballesteros Rojas⁷.
- Escrito del 25 de mayo de 2015, suscrito por el causante por medio del cual remite a la CREMIL registro civil de **divorcio** con la señora Aura Ballesteros ocurrido en **mayo de 2015**, con el fin de actualizar su estado civil, con radicado en la entidad el 28 de mayo de 2015⁸.
- Registro Civil de matrimonio con indicativo serial No. 6038014, que constata que los señores Liborio Cruz y Aura Ballesteros Rojas contrajeron nuevamente nupcias el **2 de septiembre de 2015**⁹.
- Registro Civil de defunción No. 09617927 del señor Liborio Cruz, con fecha de **fallecimiento, 8 de diciembre de 2018**¹⁰.
- Solicitud de reconocimiento y pago de la sustitución pensional en forma vitalicia elevada por la señora Aura Ballesteros Rojas, radicada ante CREMIL el 8 de enero

⁶ Pág. 25 archivo 1 expediente digital SAMAI -Otras instancias.

⁷ Pág. 27 Ibid.

⁸ Pág. 62 y 207 a 209 ibid.

⁹ Pág. 29 y 151 Ibid

¹⁰ Pág. 31 y 147 Ibid.

de 2019¹¹.

- Copia de la Resolución No. 494 del 12 de febrero de 2019, «*Por la cual se niega el reconocimiento y pago de la sustitución de asignación de retiro del señor **Sargento Primero (R) del Ejército Liborio Cruz** a la señora Aura Ballesteros Rojas*», expedida por CREMIL¹².

- Copia de la Resolución No. 2142 del 15 de marzo de 2019, «*Por la cual se resuelve el recurso de reposición presentado en contra de la Resolución No. 494 del 12 de febrero de 2019, mediante la cual se niega el reconocimiento y pago de la sustitución de la asignación de retiro del señor Sargento Primero(r) del Ejército **LIBORIO CRUZ** y se dispone la extinción de la prestación.*» expedida por CREMIL¹³. Las razones que se tuvieron en cuenta para emitir la decisión fueron las siguientes:

«Frente al caso en comento, es preciso señalar que en el régimen especial consagrado para la Fuerza Pública, se establece por regla general que el derecho a la sustitución pensional, le asiste al cónyuge o compañero (a) permanente sobreviviente, EXCEPTO según lo dispuesto por el artículo 12 del Decreto 4433/04 cuando se de alguna de las siguientes situaciones:

- **Exista separación legal y definitiva de cuerpos o,**
- Cuando al momento del deceso del oficial o suboficial **no hiciere vida en común con él.**
- Cuando **no haya acreditado convivencia con el causante** por lo menos **cinco años continuos inmediatamente anteriores a su muerte.**

Visto lo antes mencionado, el divorcio legalmente decretado entre la señora Aura Ballesteros Rojas y el citado militar el 14 de mayo de 2015 se constituye en una causal para que la referida señora acceda a la sustitución pensional del militar en mención tal y como lo dispone el artículo 12 del Decreto 4433/04.

Ahora bien, la señora AURA BALLESTEROS ROJAS contrae nuevamente matrimonio con el citado militar el 02 de septiembre de 2015, reiniciando su convivencia con él hasta el momento de su fallecimiento hecho ocurrido el 08 de diciembre de 2018 (3 años y 3 meses), no cumpliendo el tiempo mínimo de convivencia exigido por el artículo 11 del Decreto 4433/04, ya que son 5 años.

Se tiene entonces que, la ACREDITACION DE CONVIVENCIA por lo menos de 5 años continuos inmediatamente anteriores a la muerte del causante, es requisito indispensable para acceder al derecho reclamado toda vez que la convivencia con el militar especialmente hasta el momento de su fallecimiento, resulta ser el factor determinante para acceder a la sustitución pensional (...).

Es así que el derecho a la sustitución pensional, sólo se adquiere por acreditar unos requisitos especialísimos, como hacer vida en común con el militar. brindarle ayuda y socorro, por lo menos durante cinco años, anteriores a su fallecimiento, requisitos que la señora AURA BALLESTEROS ROJAS no acredita ante la Entidad. (...)

¹¹ Pág. 33 y 139 ibid.

¹² Pág. 211 a 215 ibid.

¹³ Pág. 219 a 226 ibid.

- Registro civil de matrimonio católico celebrado entre los señores Liborio Cruz y Olga López, con fecha de celebración el 24 de diciembre de 1966¹⁴; proveído del 15 de marzo de 1994 a través del cual Juzgado Primero Promiscuo de Familia aprueba el acuerdo de divorcio entre el señor Liborio Cruz y la señora Olga López y la consecuente cesación de los efectos civiles del matrimonio católico contraído¹⁵.
- Sentencia del **6 de julio de 1995**, proferida por el Juzgado Primero de Familia de Pereira, a través de la cual se declaró que el señor Liborio Cruz, está obligado a suministrar **alimentos** a su esposa Olga López de Cruz el equivalente al 25% de la pensión mensual que recibe de las Fuerzas Militares¹⁶.
- Solicitud elevada el 15 de julio de 2019, por la señora Olga López Morales ante CREMIL para que se continúe cancelando la cuota de alimentos de la asignación de retiro otorgada al señor Liborio Cruz ordenada por el Juzgado Primero de Familia de Pereira¹⁷.
- Copia de la sentencia **T-462 del 16 de diciembre de 2021**, emitida por la Corte Constitucional a través de la cual revocó la sentencia del 20 de mayo de 2019 proferida por el Juzgado Séptimo Penal del Circuito de Pereira, que confirmó la sentencia del 3 de julio de 2019, emitida por la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Pereira, que declaró improcedente la acción de tutela y amparó los derechos fundamentales al mínimo vital, al debido proceso, a la vida digna y libre de violencia de Olga López Morales y dejó sin efectos el acto administrativo del 3 de abril de 2019, proferido por CREMIL, mediante el cual negó el pago de la cuota de alimentos a Olga López Morales con cargo a la asignación de retiro de Liborio Cruz. Así mismo, dejó sin efectos la Resolución No. 4779 del 10 mayo 2019 a través de la cual se extinguió el derecho de asignación de retiro del Sargento Primero Liborio Cruz, y ordenó a la accionada a proferir un acto administrativo ordenando el pago del 25% de la mesada pensional de Liborio Cruz a Olga López Morales por concepto de pago de cuota alimentaria¹⁸.
- Declaraciones rendidas dentro del presente proceso en audiencia de pruebas llevada a cabo el día 25 de enero del 2022, ante el juzgado de instancia, de las

¹⁴ Pág. 203 archivo 01 expediente digital SAMAI -Otras instancias.

¹⁵ Pág. 131 a 136 archivo 016 expediente digital SAMAI -Otras instancias.

¹⁶ Pág. 119 a 130 ibid.

¹⁷ Pág. 171 y ss ibid.

¹⁸ Pág. 27 a 118 archivo 16_CONTESTACIONOLGALOPEZMORALES. Expediente digital SAMAI -Otras instancias.

señoras María Ofelia Cortés De Montoya, María Ligia Londoño Saldarriaga y María Mónica Cruz López.

- La señora María Ofelia Cortés:

Relató al Juzgado que desde hace muchos años es amiga de la señora Aura Ballesteros, la distingue desde hace 21 años, la conoce porque donde vive iniciaron un plan de vivienda y allá tiene su casa e iniciaron una relación de amistad. Que ella estaba sola y cuando ya se conoció con don Liborio pues ya lo distinguía a él. Manifestó que don Liborio se fue a vivir con ella en el 2005; en el 2009 se casaron y la testigo estaba con ellos, dice que hizo una buena relación con ellos hasta que murió. Que la convivencia y el matrimonio entre Aura y Liborio se extendió hasta que él murió; que cuando él murió residían en Pereira, en la carrera 8 No. 8-32. Que los gastos de manutención los tenía a cargo el señor Cruz porque Aura se dedicaba a estar al pie con él y con el papá de ella, ella no trabajaba. **Sabe que sí tuvieron un divorcio pero que no estuvieron separados, lo sabe porque ella iba dos o tres veces a la semana a visitarlos porque iba a jugar parques.** No sabe la fecha del divorcio y tampoco los motivos de ello, porque nunca los vio separados. Dijo que ellos compartían la habitación, que los vio como una pareja normal, el señor Cruz siempre estaba ahí. Después que murió el señor Liborio, la señora Aura quedó sola y cree que el hijo le ayuda a su manutención.

Recalcó, a pregunta que le formulara el apoderado judicial de la parte demandante, que desde el año 2005, que los conoció hasta el año 2018 que falleció el señor Liborio, no los vio separados en ningún momento, siempre estuvieron juntos. Que vivían en una casa, un segundo piso con dos alcobas, una de la pareja y la otra del papá de ella, sala, comedor, y en el tercer piso otras habitaciones y el patio. Que a ella le consta que en el año 2009 contrajeron matrimonio y que no se dio cuenta que hubo otro matrimonio.

- María Ligia Londoño Saldarriaga:

Dijo que conoce a la señora Aura Ballesteros Rojas y al señor Liborio Cruz, a la primera entre 13 y 14 años, y al segundo en el año 2011. Que los conoció, a ella porque estudiaron en el CDE y a él cuando llegaron a vivir a la dirección donde vivía hasta el día que falleció en la calle 8. Eran vecinos de la testigo, vivían al frente.

Relató que durante el tiempo que los conoció los vio juntos, que nunca vio que ella

estuviera sola, que siempre los veía salir juntos y estar juntos a toda hora; que llegaron a vivir en el año 2011. Que dicha relación se extendió hasta el día que el señor falleció y ella siempre estaba ahí. Que en el tiempo que los conoció nunca los vio separados.

Que para ese entonces, siempre estuvo en la casa, que los gastos del hogar los asumía el señor Cruz, ella nunca trabajó, permanecía en la casa cumpliendo sus labores de ama de casa. Que no sabe si se divorciaron o cómo se divorciaron porque siempre los vio juntos. Que en el tiempo que los vio nunca estuvieron separados. Que una vez falleció el señor Liborio Cruz, cree que el papá de Aura fue el que asumió los gastos de doña Aura.

Que la distancia de la residencia del testigo y donde vivía la pareja es justo al frente; que la relación entre Liborio y Aura siempre los vio que eran unidos, no vio que tuvieran alguna discusión; que como la habitación de ellos quedaba justo al frente de su casa, no vio que tuvieran camas separadas en la habitación de ellos.

Que la señora Aura tiene un hijo que no es de Liborio; que entre ellos no tuvieron hijos.

- La señora María Mónica Ortiz López:

Refirió ser hija del señor Liborio Cruz y la señora Olga López Morales, mencionó que conoce a la señora Aura Ballesteros, porque fue la compañera de vida de don Liborio; que la conoció en el año 2006 cuando su hija nació y el señor Liborio fue a su casa y les comentó que estaba saliendo con Aura Ballesteros.

Relató al despacho que ella siempre era la compañera de él, que ella vivía con él, que cuando iban a su casa siempre él iba con la señora Aura; que cree que la manutención del hogar estaba a cargo de Liborio porque ella no trabajaba; que no tiene conocimiento de un divorcio entre la pareja; que en ningún momento ellos estuvieron separados, que siempre los vio juntos y no tuvo conocimiento de que estuvieran separados.

Adujo que ella los visitaba, una vez en Dosquebradas como por el Campestre y luego la segunda vivienda que fue como en la novena en Pereira que fue donde el señor Liborio falleció. Sostuvo que la casa donde vivieron era un segundo piso, con sala, comedor, la cocina, la habitación, baño y tiene otro piso. Que desde el 2006

que la conoció a ella, siempre los vio juntos, nunca los vio separados. Que la relación de pareja era una relación normal, era una buena relación y jugaban mucho parques. Que su padre era pensionado.

4. ANÁLISIS JURÍDICO PROBATORIO

En el presente asunto se debate la legalidad de las Resoluciones No. 494 del 12 de febrero de 2019 y 2142 del 15 de marzo de 2019 expedidas por la Caja de Sueldos de Retiro de las Fuerzas Militares - CREMIL, mediante las cuales se niega a la parte actora como cónyuge supérstite el reconocimiento y pago de la sustitución de la asignación de retiro, esgrimiéndose como fundamento a dicha negativa la ausencia de convivencia efectiva por 5 años con el Sargento Primero (R) Liborio Cruz.

En sede de primera instancia, **el a quo accedió parcialmente a las súplicas de la demanda**, ordenando la nulidad de los actos acusados, así como el restablecimiento del derecho al estimar, luego de valorado el caudal probatorio, que la accionante tuvo una sociedad conyugal con el señor Liborio Cruz para la época del fallecimiento (pues la parte demandada no alegó, ni demostró, lo contrario en el trámite administrativo, ni en el judicial), con ocasión a la cual ambos convivieron juntos desde el 23 de mayo de 2009 hasta el 15 de mayo de 2015, y desde el 02 de septiembre de 2015 hasta el día 08 de diciembre de 2018, lo que permite concluir que la demandante cumplió con los presupuestos legales para el reconocimiento de la sustitución pensional.

Frente a la decisión judicial adoptada en primer grado, la parte demandada recurrente refuta la valoración dada a la prueba testimonial, de la cual colige que desde el fallecimiento del señor Liborio Cruz a la fecha, la reclamante ha convivido de manera permanente con su hermano y su señor padre en una vivienda de propiedad de este último; así mismo, en las manifestaciones de los declarantes se dijo que la señora Aura Ballesteros Rojas ha percibido socorro y ayuda económica de parte de su hijo, de lo cual se concluye que la demandante no se encontraba unida por lazos de solidaridad, amor y respeto con el señor Liborio Cruz, sino que dicha convivencia se detentó con quienes comparte residencia y con su descendiente, es decir, que contaba con la asistencia de tres personas para su seguridad social y económica y que no se encuentra desprotegida ni ha tenido que soportar una carga material.

Para resolver el problema jurídico que ha quedado planteado y, atendiendo que el

recurso de apelación de la parte demandada se funda en la valoración de los medios de prueba para demostrar la convivencia, el análisis de la Sala de Decisión en la presente instancia se centrará en (i) El enfoque de género como metodología para aplicar al caso que convoca (ii) el beneficio prestacional – sustitución asignación retiro; (iii) la convivencia efectiva como prueba para obtener la sustitución de la asignación de retiro (iv) vigencia de cuota alimentaria que se deben por ley entre cónyuges y cónyuges divorciados en los eventos en que fallece el alimentante o deudor de la obligación y (v) valoración probatoria y caso concreto.

4.1. El enfoque de género como metodología para aplicar al caso que convoca

En palabras de la Corte Suprema de Justicia, lejos de corresponder a una teoría o ideología, el enfoque de género es una metodología enderezada a *«optimizar el sistema jurídico que permita evidenciar y abordar dimensiones de protección de derechos y libertades de los seres humanos»*, que responde al *«principio universal de igualdad y no discriminación, venero y médula indiscutible del Estado de Derecho, del sistema constitucional y del ius cogens, el cual es piedra angular sobre la que ‘descansa el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y permea todo el ordenamiento jurídico’»*¹⁹.

En el entendido que se trata de garantizar el derecho fundamental a la igualdad de las partes, en general, y de la mujer, en particular, así como de impedir la discriminación de esta última, corresponde al juez, con plena sujeción al debido proceso, implementar medidas que, de una parte, en el desarrollo de la controversia, establezcan el equilibrio efectivo de los contendores y, de otra, al momento de dictar sentencia, permitan que ella declare el derecho de los litigantes, con plena sujeción a las premisas fijadas por la ley sustancial²⁰.

4.2. Del beneficio prestacional – sustitución pensional

La jurisprudencia del H. Consejo de Estado, ha señalado que: *«...el derecho a la sustitución pensional está instituido como un mecanismo de protección a los familiares del trabajador pensionado, ante el posible desamparo en que puedan quedar por razón de la muerte de éste, pues al ser beneficiarios del producto de su*

¹⁹ Corte Suprema de Justicia, SC 3462 de 18 de agosto de 2021. Rad. No. 2017-00070-01.

²⁰ Corte Suprema de Justicia, SC 2719 del 1 de septiembre de 2022. Rad. No. 11001-31-03-020-2018-00266-01.

*actividad laboral, traducido en la mesada pensional, dependen económicamente de la misma para su subsistencia. Este derecho es una protección directa a la familia, cualquiera que sea su origen o fuente de conformación...».*²¹

Respecto al régimen prestacional de las fuerzas armadas y de la Policía Nacional, la jurisprudencia²² ha sostenido de manera reiterada que es diferente al aplicable a la generalidad de las personas, en razón justamente a la naturaleza de los servicios prestados, y a la finalidad establecida por la Constitución para la fuerza pública.

Conforme al criterio unánime de la doctrina, las normas especiales prevalecen sobre las normas generales. Así lo contempla en forma general el ordenamiento legal colombiano, al preceptuar en el artículo 5º de la Ley 57 de 1887 que si en los códigos que se adoptaron en virtud de la misma ley se hallaren algunas disposiciones incompatibles entre sí, *«la disposición relativa a un asunto especial prefiere a la que tenga carácter general»*.

Para dilucidar lo que es objeto de controversia, se advierte que la Ley 923 de 2004 en su artículo 3 establece:

«Artículo 3º. Elementos mínimos. El régimen de asignación de retiro, la pensión de invalidez y sus sustituciones, la pensión de sobrevivientes, y los reajustes de estas, correspondientes a los miembros de la Fuerza Pública, que sea fijado por el Gobierno Nacional, tendrá en cuenta como mínimo los siguientes elementos:

(...) 3.7. El orden de beneficiarios de las pensiones de sobrevivencia y de la sustitución de la asignación de retiro o de la pensión de invalidez será establecido teniendo en cuenta los miembros del grupo familiar y el parentesco con el titular.

En todo caso tendrán la calidad de beneficiarios, para la sustitución de la asignación de retiro o de la pensión de invalidez:

*3.7.1. En forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente o supérstite. En caso de que la sustitución de la asignación de retiro o pensión de invalidez se cause por muerte del pensionado, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite, deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y haya **convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos inmediatamente anteriores a su muerte.**»* (resalta la Sala)

La citada ley igualmente prescribió en sus artículos 5º y 7º lo siguiente:

²¹ Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda – Subsección “A”. CP Luis Rafael Vergara Quintero. Sentencia del, tres (3) de marzo de dos mil once (2011). Radicación número: 25000-23-25-000-2000-05470-01 (5470-05).

²² Sentencia C-381/05.

«Artículo 5°. Límites legales. Todo régimen pensional y/o de asignación de retiro del personal de la Fuerza Pública, que se establezca contraviniendo las disposiciones contenidas en la presente Ley, carecerá de efecto y no creará derechos adquiridos.»

«Artículo 7°. Vigencia. La presente ley rige a partir de la fecha de su promulgación y deroga todas las disposiciones que le sean contrarias.»

En desarrollo de la referida norma se expidió el Decreto 4433 de 2004 *«Por medio de la cual se fija el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la fuerza pública»* el cual en su artículo 11 establece lo siguiente:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

a) En forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente

o supérstite. En caso de que la sustitución de la asignación de retiro o pensión de invalidez se cause por muerte del pensionado, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite, deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y haya convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos inmediatamente anteriores a su muerte;

b) En forma temporal, el cónyuge o la compañera permanente supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga menos de treinta (30) años de edad, y no haya procreado hijos con este. La sustitución de la asignación de retiro o de la pensión de invalidez temporal se pagará mientras el beneficiario viva y tendrá una duración máxima de 20 años. En este caso, el beneficiario deberá cotizar al sistema para obtener su propia pensión, con cargo a dicha sustitución. Si tiene hijos con el causante se aplicará el literal anterior.

(...)» (negrilla de la Sala).

Para esta colegiatura es claro que en el caso objeto de estudio la norma aplicable al derecho que reclama la actora es el Decreto 4433 de 2004, por ser el régimen especial de que gozan los miembros de la Fuerza Pública, por la condición excepcional a que están sujetos; y porque era la norma vigente a la fecha de fallecimiento del señor Liborio Cruz que consagra el derecho a la sustitución de la asignación de retiro para la cónyuge supérstite.

Ahora bien, la Corte Constitucional en sentencia T-553 de 2017, MP. Antonio José Lizarazo Ocampo, haciendo una interpretación de la disposición citada en precedencia, indicó:

«4.5.1. La sustitución pensional encuentra como fundamento normativo lo dispuesto en los artículos 42 y 48 Superiores. En cuanto al artículo 48 cabe decir que es el fundamento constitucional del derecho a la seguridad social, el cual, a la vez que derecho, se configura también como servicio público de carácter obligatorio. En ese orden, el mandato constitucional contenido en el inciso 1 A del artículo 48 Superior, establece los mandatos de optimización que rigen a este servicio, y en consecuencia al derecho social fundamental, son la eficiencia, la universalidad y la solidaridad.

Por su parte, el artículo 42 identifica la preceptiva constitucional que da pie a la sustitución pensional, en el sentido en que la finalidad de la prestación en consideración es la protección del conjunto de personas allegadas al trabajador, el cual está conformado por su familia. Ahora bien, acorde con lo dispuesto en el inciso primero del art. 42, la familia “se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla”, disposición que, como lo han entendido el legislador y la jurisprudencia, incluye al compañero o compañera permanente, superándose con ello una visión tradicional y restringida de familia que no se corresponde con la realidad colombiana del siglo XXI.[38]

(...)

Lo anterior, corresponde a que la Corte Constitucional ha incluido el reconocimiento de derechos pensionales al compañero o compañera permanente, sobre la regla y principio de no discriminación, enmarcados en el artículo 13 constitucional, y en los artículos 2 y 24 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Dicha cláusula para la protección de los derechos humanos fue incorporada dentro del ordenamiento

jurídico a través de la remisión expresa del artículo 93 constitucional, en la figura del bloque de constitucionalidad.

En ese orden, esta Ley determinó que en los casos de que “se presentara convivencia simultánea entre cónyuge y compañera (o) permanente dentro de los cinco años anteriores a la muerte del causante, la pensión se le concedería a la (el) esposa (o)”, situación que fue condicionada a que “además de la esposa o esposo, serán también beneficiarios, la compañera o compañero permanente y que dicha pensión se dividirá entre ellos (as) en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido.” Por otro lado, en las situaciones donde, i) “[no existe] convivencia simultánea, [y] se mantuvo vigente la unión conyugal, pero hubo una separación de hecho, la (el) compañera (o) puede reclamar una cuota parte de la asignación en proporción al tiempo convivido con el causante, siempre que éste hubiese sido superior a los cinco años anteriores al fallecimiento”, y ii) “en el caso de que un pensionado –que tuviese- un compañero o compañera permanente, con sociedad anterior conyugal no disuelta, tendrá derecho a percibir parte de la pensión”»

Al respecto, **la sentencia T-228 de 2023**, ilustra los supuestos de hecho que pueden presentarse y los pronunciamientos que frente al tema la Corte Constitucional y el Consejo de Estado han proferido:

«(iii) El derecho a la sustitución pensional de la cónyuge supérstite en el régimen pensional especial de las fuerzas militares

(...)

42. El artículo 11 del Decreto 4433 de 2004 establece el “[o]rden de beneficiarios de pensiones por muerte en servicio activo” y prevé los requisitos que cada uno de los grupos de beneficiarios debe acreditar para tener derecho a la sustitución. El numeral primero, dispone que el cónyuge y compañero permanente supérstite son beneficiarios en primer orden, junto con los hijos del causante. Al respecto dispone que la asignación de retiro del causante será pagada: “[l]a mitad al cónyuge o compañero (a) permanente sobreviviente y la otra mitad a los hijos menores de 18 años e hijos estudiantes mayores de 18 años y hasta los 25 años si dependían económicamente del causante al momento de su muerte, siempre y cuando acrediten debidamente su condición de estudiantes y a los hijos inválidos si dependían económicamente del causante”.

43. El literal (a) del párrafo segundo ibidem, establece los requisitos que el cónyuge supérstite debe acreditar para tener derecho a la sustitución en “forma vitalicia”. Dispone que el cónyuge supérstite será beneficiario al momento de la muerte del causante si tiene más de 30 años y acredita el cumplimiento de dos requisitos. Primero, que hizo “vida marital con el causante hasta su muerte”. Segundo, que convivió con el fallecido “no menos de cinco (5) años continuos inmediatamente anteriores a su muerte”. Como puede verse, estos requisitos coinciden materialmente con aquellos previstos en el régimen general (sección 4.1.(ii) supra). Por su parte, el artículo 12 del mismo decreto prevé 5 hipótesis de “pérdida de la condición de beneficiario” del cónyuge supérstite: (i) muerte real o presunta, (ii) nulidad del matrimonio, (iii) divorcio o disolución de la sociedad de hecho, (iv) separación legal de cuerpos y (v) “cuando lleven cinco (5) o más años de separación de hecho”.

*44. La Corte Constitucional y el Consejo de Estado han interpretado el contenido y alcance de los requisitos que la cónyuge supérstite de un miembro de la fuerza pública debe acreditar para tener derecho a la sustitución de la asignación de retiro, de forma concordante con los requisitos que la Ley 100 de 1993 prevé en el régimen general de pensiones. **En este sentido, han señalado que la cónyuge supérstite, tendrá derecho a la asignación de***

retiro sí (i) al momento de la muerte del causante el vínculo matrimonial se encontraba vigente, y (ii) convivió de forma continua con el pensionado fallecido durante un lapso no inferior a 5 años continuos en cualquier tiempo. En consecuencia, no es requisito para el reconocimiento pensional, acreditar que la convivencia haya tenido lugar en los años inmediatamente anteriores a la muerte del causante. Asimismo, han reiterado que la separación de hecho o de cuerpos por causas imputables al causante no extingue el derecho a la sustitución pensional de la cónyuge supérstite. Por su similitud con el caso sub examine, son precedentes relevantes la sentencia T-683 de 2017 de la Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional y la sentencia del 20 de febrero de 2020[95] de la Sección Segunda del Consejo de Estado.

45. Sentencia T-683 de 2017. La Sala Novena de Revisión conoció una acción de tutela interpuesta por la cónyuge supérstite de un miembro de la fuerza pública que falleció en el 2014 y en vida disfrutó de una asignación de retiro. La accionante argumentó que la CREMIL vulneró sus derechos fundamentales al negar el reconocimiento de la sustitución de la asignación de retiro con fundamento en que: (i) no convivía con el causante al momento de su muerte, (ii) años antes del fallecimiento de su cónyuge, la accionante y el causante estaban separados de cuerpos y de hecho, (iii) el causante convivió con otra mujer en los últimos años de su vida y (iv) el artículo 12.5 del Decreto 4433 de 2004, dispone que la separación de hecho con el causante es una causal de pérdida del derecho a la sustitución de la asignación de retiro.

46. La Sala Novena de Revisión encontró que la CREMIL vulneró el derecho al debido proceso administrativo de la accionante al negar la sustitución de la asignación de retiro. La Sala reconoció que el régimen pensional de las fuerzas militares es un régimen especial, al que no le son aplicables las reglas del Sistema General de Pensiones. Sin embargo, resaltó que “la Corte Constitucional ha precisado que, debido a que la sustitución de la asignación de retiro es asimilable a la sustitución pensional prevista en el Sistema General de Pensiones”, las consideraciones generales sobre la titularidad y requisitos de esta prestación “son aplicables a la asignación de retiro”. Con fundamento en estas consideraciones, consideró que la accionante cumplía los requisitos previstos en el artículo 11 del Decreto 4433 de 2004 para ser beneficiaria de la sustitución de la asignación de retiro, puesto que (i) al momento de la muerte del causante la sociedad conyugal no había sido disuelta y (ii) convivió 5 años con el causante, antes de que estos se separaran de cuerpos. En concordancia con la interpretación que había sido adoptada en relación con el derecho a la sustitución pensional en el régimen general, la Sala Novena consideró que no era necesario acreditar que tal convivencia con el causante hubiese sido en los 5 años “inmediatamente anteriores a su muerte”.

47. En consecuencia, resolvió (i) conceder el amparo de los derechos fundamentales y (ii) ordenar a la CREMIL dejar sin efectos las resoluciones que habían negado la solicitud y “proferir una nueva resolución en la que se reconozca su derecho” a la sustitución pensional.

48. Sentencia de 20 de febrero de 2020[96]. La Sección Segunda del Consejo de Estado resolvió una demanda de nulidad y restablecimiento del derecho interpuesta por la cónyuge supérstite de un miembro de la fuerza pública, en contra de una resolución de la CREMIL que le negó la sustitución pensional.

49. La demandante era una mujer de 82 años que contrajo matrimonio con un miembro de la fuerza pública en el año 1950. En el año 1964, el causante abandonó el hogar, lo que motivó que la demandante interpusiera demanda de alimentos. El 31 de agosto de 1990, un juzgado de Familia condenó al causante al suministro de alimentos a la demandante en cuantía equivalente al 40% de su asignación de retiro. Luego, en el año 2013, el esposo de la demandante falleció. Meses después, la demandante solicitó a la CREMIL el reconocimiento

de la sustitución pensional. Sin embargo, la entidad lo negó porque (i) desde el año 1964 la pareja estaba separada de hecho y (ii) la demandante no acreditó haber convivido con el causante durante los últimos 5 años inmediatamente anteriores a su muerte.

50. La Sección Segunda concluyó que la demandante tenía el derecho a la sustitución pensional. Consideró que, en virtud del principio de favorabilidad, en este caso resultaba aplicable el artículo 47 de la Ley 100 de 1993 y la interpretación de los requisitos de la sustitución pensional que había sido adoptada por la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia. En este sentido, consideró que la accionante era beneficiaria de la sustitución pensional, porque (i) la separación de cuerpos no se dio por culpa de la demandante, sino por el abandono del hogar del causante; (ii) el causante no pretendió la cesación de los efectos civiles del matrimonio y (iii) la demandante dependía económicamente del causante, pues reclamó alimentos y era “dependiente de él hasta para su afiliación al sistema de seguridad social en salud de las Fuerzas Militares”.» (Negrillas y subrayas fuera de texto).

Las anteriores consideraciones las resumió la Corte en el siguiente cuadro:

«(...)

El derecho a la sustitución de la asignación de retiro
1. <i>Definición.</i> El derecho a la sustitución pensional confiere a los familiares de una persona que fallece la posibilidad de disfrutar la pensión que este percibía en vida. En el Sistema General de Pensiones, la sustitución pensional se encuentra regulada en el artículo 47 de la Ley 100, modificado por la Ley 797 de 2003. Son beneficiarios de la sustitución pensional, entre otros, el cónyuge supérstite del causante. 2. <i>Requisitos en el régimen general.</i> La Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia han interpretado que el cónyuge supérstite del causante tiene derecho a la sustitución pensional en forma vitalicia si acredita dos requisitos: (i) la existencia del vínculo matrimonial a la fecha del fallecimiento del causante y (ii) la convivencia con el causante durante 5 años continuos en cualquier tiempo. 3. <i>Efectos de la separación de hecho o de cuerpos.</i> La separación de hecho o de cuerpos entre la cónyuge supérstite y el causante, así como la interrupción temporal de la cohabitación o convivencia real y efectiva que se deriven de una “justa causa”, no extinguen el derecho a la sustitución pensional. 4. <i>Sustitución de la asignación de retiro en el régimen especial de las fuerzas militares.</i> De acuerdo con los artículos 11 y 40 del Decreto 4433 de 2004, el cónyuge supérstite de los miembros de la fuerza pública es beneficiario de la sustitución de la asignación de retiro. (i) <i>Requisitos.</i> La Corte Constitucional y el Consejo de Estado han interpretado que los requisitos para tener derecho al reconocimiento de la sustitución pensional en este régimen especial son los mismos que en el Sistema General de Pensiones. No es requisito que la cónyuge supérstite (a) haya convivido con el causante al momento de su muerte y (b) que los 5 años de convivencia que la ley exige hubieren sido los <i>inmediatamente</i> anteriores a la muerte del causante. (ii) <i>Efectos de la separación de hecho o de cuerpos.</i> La separación de hecho o de cuerpos, así como la interrupción de la convivencia por causas imputables al causante, no extinguen el derecho a la sustitución de la asignación de retiro de la cónyuge supérstite. En estos eventos, no resulta aplicable el numeral 5º del artículo 12 del Decreto 4433 de 2004.

(...))»

4.3. De la convivencia efectiva como prueba para obtener la sustitución de la asignación de retiro

Conforme a la normativa en cita, se observa que para que la cónyuge o compañera permanente sea beneficiaria de la sustitución pensional, se requiere demostrar convivencia de no menos de cinco años continuos con anterioridad a la muerte del titular de la prestación.

En sentencia C-1094 de 2003²³, respecto de la exigencia de 5 años de convivencia, hizo las precisiones que a continuación se transcriben:

«(...) La pensión de sobrevivientes constituye entonces uno de los mecanismos instituidos por el legislador para la consecución del objetivo de la seguridad social antes mencionado. La finalidad esencial de esta prestación social es la protección de la familia como núcleo fundamental de la sociedad, de tal suerte que las personas que dependían económicamente del causante puedan seguir atendiendo sus necesidades de subsistencia, sin que vean alterada la situación social y económica con que contaban en vida del pensionado o afiliado que ha fallecido. Por ello, la ley prevé que, en aplicación de un determinado orden de prelación, las personas más cercanas y que más dependían del causante y compartía con él su vida, reciban una pensión para satisfacer sus necesidades. [...] En relación con los cargos formulados, la Corte encuentra que, en principio, la norma persigue una finalidad legítima al fijar requisitos a los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, lo cual no atenta contra los fines y principios del sistema. En primer lugar, el régimen de convivencia por 5 años sólo se fija para el caso de los pensionados y, como ya se indicó, con este tipo de disposiciones lo que se pretende es evitar las convivencias de última hora con quien está a punto de fallecer y así acceder a la pensión de sobrevivientes. [...].

En relación con la prueba de la convivencia efectiva con el causante, el Consejo de Estado ha sostenido lo siguiente²⁴:

«[...] La “convivencia” entendida no solamente como “habitar juntamente” y “vivir en compañía de otro” sino como acompañamiento espiritual y moral permanente, auxilio, apoyo económico y vida en común es el cimiento del concepto de familia. Núcleo básico de la sociedad que, como ya se indicó, es el objeto principal de protección de la sustitución pensional.

Es necesario precisar que la voluntad de conformar hogar y mantener una comunidad de vida, son elementos distintivos y esenciales del grupo familiar, los cuales, en criterio reciente y reiterado de la Corte Suprema de Justicia²⁵, no se pueden desvirtuar por la “separación”, cuando esta eventualidad se impone

²³ Sentencia del 19 de noviembre de 2003. Referencia: expediente D-4659.

²⁴ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A. Sentencia del 24 de octubre de 2012. Radicación número: 25000-23-25-000-2010-00860-01 (2475-11).

²⁵ Sentencia de Casación Laboral de 27 de abril de 2010, proceso No. 38113, demandante: Beatriz Elena Aristizábal Vallejo.

por la fuerza de las circunstancias:

«El grupo familiar lo constituyen aquellas personas entre las que se establecen lazos afectivos estables que deben trascender el plano de un mero acompañamiento emocional y social, y alcanzar el nivel de un proyecto común de vida; es esencial a la familia el prestarse ayuda mutua, que no es cualquier clase de apoyo sino la que se encamina a realizar el propósito familiar común.

De esta manera el acompañamiento espiritual y material ha de estar referido a lo que la jurisprudencia ha reiterado: una verdadera vocación de constituir una familia.

En sentencia de 8 de septiembre de 2009, rad. N° 36448, precisó la Corporación:

«En el diseño legislativo de la pensión de sobrevivientes tal como fue concebida en la Ley 100 de 1993, la convivencia ha estado presente como condición esencial para que el cónyuge o la compañera o compañero permanente accedan a esa prestación.

Este ha sido también el criterio reiterado de la jurisprudencia de la Corte, que ha visto en la convivencia entendida como acompañamiento espiritual permanente, apoyo económico y con vida en común que se satisface cuando se comparten los recursos que se tienen, con vida en común o aún en la separación cuando así se impone por fuerza de las circunstancias, ora por limitación de medios, ora por oportunidades laborales, el cimiento del concepto de familia en la seguridad social y requisito indispensable para que la cónyuge o la compañera o compañero permanente puedan tener la condición de miembros del grupo familiar, y vocación para ser beneficiarios de la prestación por muerte del afiliado o pensionado.

Lo anterior significa que en principio para que haya convivencia se exige vida en común de la pareja, y que no se desvirtúa el concepto de familia en la separación siempre que ésta obedezca a una causa razonable que la justifique, porque de lo contrario lo que no existiría es esa voluntad de conformar un hogar y tener una comunidad de vida’.”²⁶ [...].

Respecto al requisito de la convivencia, esto es, los 5 años continuos inmediatamente anteriores a la muerte del causante, esta Corporación²⁷ ha señalado que «[...] el legislador lo previó como un mecanismo de protección, ello para salvaguardar a los beneficiarios legítimos de quienes pretenden solo buscar provecho económico [...]».

Así mismo que debe acreditarse la vocación de estabilidad y permanencia, por lo tanto, no se tienen en cuenta aquellas relaciones casuales, circunstanciales, incidentales, ocasionales, esporádicas o accidentales que haya podido tener en vida el fallecido pensionado.

Sobre el requisito de convivencia por cinco años continuos antes de la muerte del causante, la Corte Constitucional ha sostenido, de manera reiterada y pacífica²⁸:

²⁶ Sentencia de abril 7 de 2001, Radicación número: 76001-23-31-000-2005-02741-01(0669-08).

²⁷ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, sentencia de 9 de noviembre de 2017, número interno: 0286-2015.

²⁸ Corte Constitucional – Sala Sexta de Revisión – Sentencia T-290/25 – Expediente T-10.855.489 – M.P: Miguel Polo Rosero.

«(...) que el cónyuge superviviente tiene derecho a la sustitución pensional, siempre que se puedan acreditar cinco años de convivencia en cualquier tiempo, durante los cuales permanezca vigente el lazo matrimonial, “aun cuando no hayan habitado bajo el mismo techo, siempre que haya una causal justificada para ello”. Lo anterior, condicionado a que se mantenga el proyecto de vida común. En efecto, la falta de cohabitación no implica, necesariamente, la falta de convivencia. En este escenario, “el juez debe evaluar las circunstancias de cada caso, a fin de acreditar la configuración de [la] justa causa”, pues ésta se define por la existencia de vínculos afectivos, apoyo emocional y mutuo, solidaridad y acompañamiento espiritual. Así lo explicó la Corte en la sentencia SU-169 de 2024:

“esta exigencia [convivencia] puede presentarse y predicarse incluso en eventos en que los cónyuges o compañeros no puedan estar permanentemente juntos bajo el mismo techo físico, en razón de circunstancias especiales de salud, trabajo, fuerza mayor o similares, pues ello no conduce de manera inexorable a que desaparezca la comunidad de vida de la pareja, si claramente se mantienen vigentes los lazos afectivos, sentimentales y de apoyo, solidaridad, acompañamiento espiritual y ayuda mutua, rasgos esenciales y distintivos de la convivencia entre una pareja y que supera su concepción meramente formal relativa a la cohabitación en el mismo techo. (...) la convivencia entre los cónyuges no desaparece por la sola ausencia física de alguno de los dos, cuando ello ocurre por motivos justificables, como de salud, oportunidades u obligaciones laborales, imperativos legales o económicos, entre otros” (subrayado propio).

Esta Corporación coincide con la postura de la Corte Suprema de Justicia, en cuya jurisprudencia se afirma que la convivencia puede acreditarse en cualquier tiempo, siempre que se mantenga vigente el vínculo conyugal. A diferencia de la cohabitación, la convivencia “busca proteger la unidad familiar y por ello es entendida como la comunidad de vida, lazos de amor, ayuda mutua, solidaridad, apoyo económico, asistencia solidaria, acompañamiento espiritual, con vocación de consolidación de vida en pareja”.

Para probar la convivencia existe libertad probatoria. En la sentencia T-787 de 2002, la Sala Novena de Revisión encontró que la entidad demandada había incurrido en “vía de hecho”, al desconocer las declaraciones extrajudiciales allegadas por la peticionaria, mediante las cuales buscaba demostrar que, aunque en los últimos meses de vida de su cónyuge no vivieron bajo el mismo techo debido a graves quebrantos de salud, la convivencia nunca se interrumpió. En el mismo sentido, en la sentencia T-921 de 2010, la misma Sala indicó que la forma de acreditar la existencia de vida marital entre el solicitante y el causante podría ser a través de una declaración juramentada extraproceso del requirente y otra de un tercero que certifique la convivencia y su duración. Además, explicó que no es válido que la entidad encargada de reconocer la prestación exija requisitos formales o medios probatorios adicionales (...).

En este sentido, precisó que la ley “no establece ni restringe los medios de prueba que avalan dicho supuesto; por ello, de acuerdo con una interpretación sistemática del ordenamiento jurídico, se permite cierta libertad probatoria, verificando la idoneidad en cada caso concreto” (...).».

De lo anteriormente expuesto se extrae que **el requisito de convivencia por al menos cinco (5) años puede demostrarse en cualquier tiempo** siempre y cuando el Juez pueda extraer de la situación fáctica, la concurrencia de una causa justificada o un motivo justificable como la salud, oportunidades u obligaciones laborales, imperativos legales o económicos, entre otros. Además, queda claro para

la Sala que existen diferencias sustanciales entre la cohabitación y la convivencia que en últimas exige el ordenamiento jurídico.

Así, para demostrar la convivencia se requiere acreditar la existencia y vigencia de lazos afectivos, sentimentales y de apoyo, solidaridad, acompañamiento espiritual y ayuda mutua, los cuales conforman los rasgos esenciales y distintivos entre una pareja, lo que supera la concepción meramente formal relativa a la cohabitación en el mismo techo. Reconoce la jurisprudencia que para acreditar dichos elementos existe libertad probatoria y que basta con que se aporte una declaración juramentada extraproceso del requirente y otra de un tercero que certifique la convivencia y su duración, sin que sea de recibo exigir requisitos formales o medios probatorios adicionales específicos que no se encuentran establecidos en la Ley.

4.4 Vigencia de cuota alimentaria que se deben por ley entre cónyuges y cónyuges divorciados en los eventos en que fallece el alimentante o deudor de la obligación

Dentro del presente proceso se ha llamado a comparecer a la señora Olga López Morales como litisconsorte necesario, quien de acuerdo al material probatorio adosado al proceso, fue la cónyuge anterior a la señora Aura Ballesteros con quien contrajo inicialmente matrimonio pero se divorció el 15 de marzo de 1994²⁹ y a quien le fue reconocida una cuota alimentaria a cargo del señor Liborio Cruz correspondiente al 25% de su asignación de retiro, ordenada a través de sentencia proferida por Juzgado Primero de Familia de la Ciudad de Pereira y ratificada por la Corte Constitucional a través de proveído T-462 de 2021.

No obstante lo anterior, dicha beneficiaria únicamente pretende que ese porcentaje reconocido se le siga pagando de la sustitución de la asignación de retiro como fue ordenada sin solicitar algún reconocimiento adicional.

Debe precisarse entonces que, en el presente asunto no se está resolviendo la situación particular de la señora Olga López Morales, pues ello no es objeto de debate de cara a la fijación del litigio establecido en el presente proceso, sino que ante el reconocimiento de la sustitución de la asignación de retiro a la señora Aura Ballesteros, debe establecerse claramente que la misma no se reconocerá en un 100% dada la orden judicial emitida frente a la señora Olga López, de manera que

²⁹ Pág. 131 archivo 017 expediente digital SAMAI -Otras instancias.

no quede asomo de duda para CREMIL la forma en que debe proceder al momento de dar cumplimiento a la sentencia.

Por lo anterior, es necesario recalcar que el alto Tribunal Constitucional ha realizado la definición del derecho de alimentos, que se deben por ley entre cónyuges y cónyuges divorciados en los eventos en que fallece el alimentante o deudor de la obligación. Frente al tema, la Corte Constitucional en sentencia T-199 de 2016, MP. Jorge Iván Palacio Palacio, precisó:

«6.1. De manera taxativa, el artículo 411 del Código Civil establece los beneficiarios del derecho de alimentos, que se entiende como la facultad que tiene una persona de exigir un monto de dinero a otra que esté legalmente en la obligación de suministrarlo, con el fin de cubrir los gastos necesarios para su subsistencia, cuando no esté en capacidad de procurárselos por sí misma.

6.2. Ahora, esta Corporación expuso los requisitos para acceder al derecho de alimentos en la sentencia C-237 de 1997, a saber: (i) que el peticionario carezca de bienes y, por consiguiente, requiera los alimentos que demanda; (ii) que la persona a quien se le piden alimentos tenga los recursos económicos para proporcionarlos y (iii) que exista un vínculo de parentesco o un supuesto que origine la obligación entre quien tiene la necesidad y quien tiene los recursos. Y resaltó: "El deber de asistencia alimentaria se establece sobre dos requisitos fundamentales: la necesidad del beneficiario y la capacidad del deudor, quien debe ayudar a la subsistencia de sus parientes, sin que ello implique el sacrificio de su propia existencia."

*6.3. De lo anterior, se infiere que la persona que pide alimentos a su cónyuge o compañero (a) permanente, debe demostrar: (i) la necesidad de los alimentos que demanda y (ii) la capacidad económica de la persona a quien se le piden los alimentos.
(...)*

6.5. En virtud de lo expuesto, el derecho de alimentos se extingue únicamente cuando las circunstancias que dieron origen al reclamo se extinguen, esto es, que la situación económica del alimentado o el alimentante haya variado, en el sentido que el primero haya adquirido la capacidad económica de costear su subsistencia o que el segundo haya desmejorado su situación, de tal manera que le sea imposible proporcionar alimentos sin perjuicio de su propio bienestar.

6.6. Ahora bien, la Corte en reiterada jurisprudencia ha reconocido que la obligación alimentaria sigue vigente después del divorcio e incluso después de la muerte del alimentante siempre que persistan las condiciones que la avalaron. Es más, este Tribunal reconoció la posibilidad de trasladar dicha obligación a cargo del beneficiario de la pensión de sustitución.

6.7. Este Tribunal, en Sentencia T-1096 de 2008, decidió el caso de una mujer que por su condición de salud no podía desarrollar actividad laboral y había sido abandonada por su cónyuge, a quien un juez de familia ordenó pagarle una cuota alimentaria por el equivalente al 20% de la pensión de invalidez que percibía. La actora estimó vulnerados sus derechos fundamentales a la vida, a la igualdad, a la dignidad humana porque el Ministerio de Defensa dejó de solventar la cuota de alimentos ignorando la orden judicial, bajo el argumento que la pensión había sido sustituida a otra persona quien quedaba exenta de dicha obligación.

6.8. **En este caso, la Sala concluyó que suspender el pago de la cuota de alimentos que había sido fijada mediante sentencia judicial por un valor proporcional a la pensión de invalidez que el alimentante disfrutaba cuando su cónyuge estaba en vida vulneraba los derechos de la accionante.** Por consiguiente, resolvió ordenar que se siguiera cumpliendo el fallo judicial y, de esta manera, **continuar suministrando la cuota alimentaria a favor de la entonces actora sobre el 20% de la sustitución pensional de su cónyuge.**

6.9. En otras palabras, la Corte estimó "que los derechos alimentarios que se establecieron mediante sentencia judicial sobre el 20% de la pensión de invalidez que en vida tenía el señor YY, repercuten necesariamente en la sustitución de dicha prestación, dado que esta última renta puede garantizar derechos reconocidos en una decisión judicial, máxime cuando las circunstancias que legitimaron los alimentos aún permanecen en el tiempo, sin que ello signifique, el reconocimiento, a la demandante, de beneficiaria de la sustitución pensional del señor YY".

6.10. Más adelante, en sentencia T-506 de 2011, la Corte se pronunció sobre la demanda promovida por una persona que se le suspendió el pago de alimentos a cargo de una pensión, dado que el alimentante falleció. Sobre el particular, la Sala manifestó que: "(...) la muerte del alimentado será siempre causal de extinción del derecho de alimentos, porque el término máximo de duración de dicha obligación es la vida del mismo, pues los alimentos no se transmiten por causa de muerte. (...) Situación diferente a la anterior, se presenta cuando quien fallece es el alimentante, o lo que es lo mismo, el deudor de los alimentos, pues en este caso no siempre se extingue la obligación, ya que si subsiste el alimentario y su necesidad, éste último podrá reclamarlos a los herederos del deudor, aunque concretando su pretensión sobre los bienes dejados por el alimentante, siempre y cuando no opere la confusión, como modo de extinguir las obligaciones". En este caso particular, el amparo de los derechos fue negado toda vez que la accionante tenía otro medio de defensa judicial y no se encontró que se buscara evitar un perjuicio irremediable.

6.11. Asimismo en Sentencia T-177 de 2013, esta Corporación estudió si con la muerte del alimentante se extinguía la obligación de dar alimentos. En esta oportunidad, la accionante dejó de recibir la cuota alimentaria que había sido ordenada por un juez de familia a la muerte del cónyuge pensionado, toda vez que el Instituto de Seguros Sociales decidió reconocerle la totalidad de la sustitución pensional a la compañera permanente del pensionado. La Corte amparó el derecho de la peticionaria y ordenó el pago de la cuota alimentaria.

6.12. Así las cosas, este Tribunal estableció que "los alimentos que se deben por ley, se entienden concedidos para toda la vida del alimentario, continuando las circunstancias que legitimaron la demanda".

6.13. En virtud de lo anteriormente expuesto, **se concluye que la obligación alimentaria no se extingue con la muerte del alimentante ni con la cesación de efectos civiles del matrimonio o divorcio. De ello, se infiere que la obligación de alimentos a favor de un excónyuge puede ser trasladada al compañero (a) permanente o nuevo cónyuge del alimentante que es reconocido como beneficiario de la pensión cuando dicha obligación está a cargo de la pensión y existe previo a la formación de un patrimonio común con el causante.»** (Negrilla de la Sala).

Así, si bien se trata de una cuota alimentaria impuesta por una autoridad judicial, esto último no deslegitima el deber de apoyo y auxilio que se deben los cónyuges, por el contrario, lo que ello demuestra es que un funcionario judicial dispuso expresamente ese deber de apoyo, y la jurisprudencia no ha hecho distinciones en

el sentido en que debe darse ese apoyo.

De manera que, como la obligación alimentaria no se extingue con la muerte del alimentante, el reconocimiento de la sustitución de la asignación de retiro de la señora Aura Ballesteros, se hará teniendo en cuenta la cuota alimentaria previamente reconocida por un juez de la república a la señora Olga López Morales, tal y como lo determinó el *a quo*.

4.5 Caso concreto

Ahora bien, arguye la parte demandada en su recurso de apelación que para el caso concreto se configuran las causales de pérdida de la condición de beneficiario 12.3, 12.4 y 12.5 del artículo 12 del Decreto 4433 de 2004, toda vez que la señora Aura Ballesteros y el señor Liborio Cruz se divorciaron el 14 de mayo de 2015, lo cual constituye una causal que imposibilita el acceso a la sustitución pensional del militar fallecido. Y como el 02 de septiembre se volvió a casar con la misma señora, la convivencia se reinicia hasta el momento en que éste falleció o sea hasta el 08 de diciembre de 2015, lo que arroja un total de 3 años y tres meses de convivencia.

De cara a lo expuesto por la entidad, resulta necesario revisar el contenido material del citado artículo 12 que señala:

«ARTÍCULO 12. Pérdida de la condición de beneficiario. Se entiende que falta el cónyuge o compañero (a) permanente y por lo tanto se pierde el derecho a la pensión de sobrevivientes o a la sustitución de la asignación de retiro o de la pensión de invalidez, en cualquiera de las siguientes circunstancias, según el caso:

12.1 Muerte real o presunta.

12.2 Nulidad del matrimonio.

12.3 Divorcio o disolución de la sociedad de hecho.

12.4 Separación legal de cuerpos.

12.5 Cuando lleven cinco (5) o más años de separación de hecho.» (Subraya fuera del texto)

Por consiguiente, procederá este despacho a estudiar las causales incluidas en la norma citada. En relación con la causal de pérdida de la condición de beneficiario 12.3 sobre divorcio o disolución de la sociedad de hecho, observa esta Corporación que lo que tuvo lugar en el caso concreto fue el divorcio celebrado entre el señor Liborio Cruz y Aura Ballesteros, el cual arguye CREMIL existió y se encuentra enlistado como causal para negar la sustitución de la asignación de retiro.

Al respecto, habrá de decirse que el divorcio es aquel mecanismo por medio del cual se disuelve el matrimonio civil, así lo indica el artículo 42 de la Constitución Política de 1991 cuando dispone:

«ARTÍCULO 42. La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. Se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla.

(...)

Las formas del matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, los deberes y derechos de los cónyuges, su separación y la disolución del vínculo, se rigen por la ley civil.

(...)

Los efectos civiles de todo matrimonio cesarán por divorcio con arreglo a la ley civil. (...)» (Subrayado fuera del texto)

En concordancia con lo anterior, el artículo 152 del Código Civil desarrolló el mandato constitucional de la siguiente forma:

«ARTÍCULO 152. <CAUSALES Y EFECTOS DE LA DISOLUCIÓN> El matrimonio civil se disuelve por la muerte real o presunta de uno de los cónyuges o por divorcio judicialmente decretado.

Los efectos civiles de todo matrimonio religioso cesarán por divorcio decretado por el juez de familia o promiscuo de familia.

En materia del vínculo de los matrimonios religiosos regirán los cánones y normas del correspondiente ordenamiento religioso.» (Subrayado fuera del texto)

A su vez el artículo 160 del citado código dispuso sobre los efectos civiles del divorcio:

«ARTÍCULO 160. <EFECTOS DEL DIVORCIO> Ejecutoriada la sentencia que decreta el divorcio, queda disuelto el vínculo en el matrimonio civil y cesan los efectos civiles del matrimonio religioso, así mismo, se disuelve la sociedad conyugal, pero subsisten los deberes y derechos de las partes respecto de los hijos comunes y, según el caso, los derechos y deberes alimentarios de los cónyuges entre sí, salvo que haya mediado renuncia voluntaria a los mismos.

Cuando el divorcio fuere solicitado bajo la causal 10, los efectos del divorcio le serán extensibles. A falta de acuerdo entre los cónyuges, el juez determinará las medidas que hayan de regular los efectos derivados de la sentencia de divorcio, de acuerdo con el inciso primero de este artículo.» (Subrayado fuera del texto)

Posteriormente el Decreto 4436 de 2005 habilitó la posibilidad de que se realizara el divorcio ante Notario, trámite que culmina con el registro de la escritura de divorcio previa autorización del Notario competente según se ordena en los artículos 5 y 6 del citado decreto.

Teniendo en cuenta lo anterior y de cara al material probatorio que obra en el

expediente encuentra la Sala que en efecto los señores Liborio Cruz y Aura Ballesteros **estuvieron casados inicialmente el 23 de mayo de 2009, hasta el 14 de mayo de 2015, cuando se divorciaron; pese a ello contrajeron nuevas nupcias el 2 de septiembre de 2015 hasta el 8 de diciembre de 2018, fecha en que éste falleció.**

Por lo anterior, podría inferirse en principio que le asiste razón a la Caja demandada en manifestar que se configuró una causal para que la señora Aura Ballesteros pierda el derecho a la sustitución pensional, esto es, que existió un divorcio judicialmente decretado; **no obstante**, desconoce que anterior a la fecha del divorcio los cónyuges llevaban 6 años de casados compartiendo el mismo techo y brindándose ayuda mutua, luego que se casaron en el 2015 hasta el año 2018, cumpliendo más de tres años de convivencia; ahora a las voces de la Corte Constitucional los cinco (5) años de convivencia no tienen que acreditarse al momento del fallecimiento, sino que los mismos pueden cumplirse en cualquier tiempo y en esa medida si se tiene en cuenta el vínculo creado del 23 de mayo de 2009 al 14 de mayo de 2015 y el 02 de septiembre de 2015 al 08 de diciembre de 2018, se encuentra que se superan con suficiencia los 5 años de convivencia entre los cónyuges, adicional a que al momento del fallecimiento del militar la actora tenía sociedad conyugal vigente, situación que lleva a concluir que la señora Aura Ballesteros, es merecedora de la sustitución reclamada.

Entonces, si bien es cierto que los señores Liborio Cruz y Aura Ballesteros se divorciaron en el mes de mayo de 2015, no lo es menos que volvieron a contraer matrimonio en septiembre de la misma calenda, **pero pese a ello la convivencia nunca se vio interrumpida, pues así lo manifestaron las personas que rindieron testimonio en el presente proceso**, quienes en términos generales manifestaron que siempre vieron junta a la pareja desde el año 2009 hasta el año 2018, cuando falleció aquél, circunstancia que la entidad demandada no logró desvirtuar, ya que no hubo una separación efectiva de cuerpos y durante todo ese tiempo hicieron vida en común, en consecuencia, la situación jurídica ocurrida entre la pareja no demerita la realidad de los hechos que quedaron debidamente acreditados en el plenario, que indican que la convivencia, en todo el sentido de la palabra pues no solo cohabitaban sino que se propinaban ayuda mutua y lo necesario para su subsistencia; fue continua con la señora Aura Ballesteros, y por tanto, es la beneficiaria de la sustitución de la asignación de retiro.

En sentencia del 1º de septiembre de 2022, el alto Tribunal de lo Contencioso

Administrativo precisó³⁰:

«En virtud de lo citado en precedencia y conforme lo consideró en aquella oportunidad el Consejo de Estado, la convivencia no se refiere en forma exclusiva, a compartir el mismo techo y habitar junto al otro, sino que los elementos que en mayor medida definen esa convivencia se relacionan con el acompañamiento espiritual, moral y económico y el deber de apoyo y auxilio mutuo. Además de ello, es preciso tener en cuenta el factor volitivo de la pareja de mantener un hogar y tener la vocación y convicción de establecer, constituir y mantener una familia.»

De manera que, como quedó debidamente acreditada la convivencia que desconoce la entidad demandada, puede afirmarse que la señora Aura Ballesteros y el señor Liborio Cruz contrajeron matrimonio el 23 de mayo de 2009, que pese a que existió un divorcio en mayo de 2015, **nunca se dejaron, nunca estuvieron separados, siempre estuvieron juntos y unidos viviendo bajo el mismo techo y compartiendo el mismo lecho, prestándose ayuda mutua, ella en los quehaceres del hogar y él proveyendo todo lo necesario para su manutención (así lo refirió la prueba testimonial)**, es decir, se comprobó una convivencia afectiva, continuada e ininterrumpida entre la demandante y el causante; y volvieron a contraer nuevas nupcias el 02 de septiembre de 2015 hasta el día del fallecimiento del señor Liborio Cruz, lo que la hace acreedora a la sustitución de la asignación de retiro solicitada por cumplir los requisitos de ley para su otorgamiento, en especial el de la convivencia alegada.

Lo anterior también deja sin peso el argumento de la apelación frente al cuestionamiento realizado sobre la valoración de la prueba testimonial, porque contrario a lo controvertido por CREMIL, quedó acreditado que la señora Aura Ballesteros siempre recibió ayuda económica del señor Liborio Cruz cuando estuvo con vida y hasta el último día de su muerte, y únicamente después del fallecimiento, fue que su padre con el que vivían dio socorro a la demandante, conforme lo relataron las testigos comparecientes al proceso, siendo entonces correcta y acorde la valoración de la prueba testimonial en el fallo de primera instancia.

Por lo anterior, se confirmará la sentencia en lo que al reconocimiento de la sustitución de asignación de retiro se refiere, al no haber logrado la parte demandada desacreditar la convivencia y el apoyo y auxilio entre los señores Aura

³⁰ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. CP.: William Hernández Gómez. Bogotá D.C., 1 de septiembre de 2022. Referencia: Nulidad y Restablecimiento del Derecho. Radicación: 25000-23-42-000-2018-01890-01 (1451-2022), Demandante: MYRIAM AMADO APARICIO. Demandada: Administradora Colombiana De Pensiones. Tema: Sustitución pensional cónyuge supérstite. Acreditación requisitos del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el canon 13 de la Ley 797 de 2003.

Ballesteros y Liborio Cruz.

5. Costas en segunda instancia

En lo que concierne a la segunda instancia, esta Sala atendiendo la postura adoptada, y en vista de que en esta instancia no aparecen en el expediente la prueba de causación de expensas que justifiquen su imposición, no se condenará en costas.

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

IX. FALLA

- 1. CONFÍRMASE** la sentencia proferida en este proceso el 16 de febrero de 2024, por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Pereira, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva del presente proveído.
- 2.** Sin costas en esta instancia por lo considerado.
- 3.** Ejecutoriada esta providencia, realícense las actuaciones pertinentes ante el juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

JUAN CARLOS HINCAPIÉ MEJÍA
MAGISTRADO

ANDRÉS MEDINA PINEDA
MAGISTRADO

LEONARDO RODRÍGUEZ ARANGO
MAGISTRADO

«Este documento fue firmado electrónicamente. Usted puede consultar la providencia oficial con el número de radicación en <https://samairj.consejodeestado.gov.co>»