



**CONSEJO DE ESTADO**  
**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**  
**SECCIÓN SEGUNDA – SUBSECCIÓN B**

**MAGISTRADO PONENTE: CÉSAR PALOMINO CORTÉS**

Bogotá, D. C., cuatro (4) de julio de dos mil diecinueve (2019).

**Radicado** : 25000-23-25-000-2010-00259-01  
**Nº Interno** : 0703-2012  
**Demandante** : Iris María Feria Rivera  
**Demandados** : Caja de Retiro de las Fuerzas Militares – Carmen Rosa Camacho de Pérez  
**Acción** : Nulidad y restablecimiento del derecho- Decreto 01 de 1984  
**Tema** : Sustitución pensional

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia del 1 de diciembre de 2011, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección C, que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.

## I. ANTECEDENTES

### 1. La demanda

#### 1.1 Pretensiones

La señora Iris María Feria Rivera, mediante apoderado, acudió a la jurisdicción en ejercicio de la acción prevista en el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo, para solicitar la nulidad del acto administrativo contenido en **las Resoluciones 1049 del 6 de abril de 2005, 1997 del 17 de junio de 2005 y 3393 del 22 de septiembre de 2005, proferidas por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares**, que ordenan el pago de la sustitución pensional del Sargento Primero del Ejército Marcó Fidel Pérez Salas, a favor de la señora Carmen Camacho de Pérez –cónyuge supérstite- y se niega a la señora Iris María Feria Rivera –compañera permanente-.

**A título de restablecimiento del derecho** la parte demandante pidió que se condene a la Nación – Ministerio de Defensa y a la Caja de Retiro de las



Nº Interno: 0703-2012  
Demandante: Iris María Feria Rivera  
Demandado: Caja de Retiro de las Fuerzas Militares y otra

Fuerzas Militares a pagarle a la señora Iris María Feria Rivera la sustitución pensional en un monto del 100%, efectiva desde el 25 de febrero de 2005, fecha de fallecimiento del causante.

Igualmente, solicitó el pago de los *“reajustes y demás beneficios consagrados por la ley a favor de los pensionados”*, y que la sentencia se cumpla dentro de los 30 días siguientes a su ejecutoria<sup>1</sup>.

**Los hechos** en que se fundamentan las pretensiones son los siguientes:

Señaló que el Sargento Primero ® del Ejército Marco Fidel Pérez Salas devengaba una asignación de retiro, desde el 1 de diciembre de 1971, reconocida en la Resolución 3568 del 17 de noviembre de 1971, y que falleció el 25 de febrero de 2005.

Relató que la señora Iris María Feria Rivera convivió en unión libre durante 11 años con el señor Marco Fidel Pérez Salas, de quien dependía económicamente, y que lo acompañó hasta el momento de su fallecimiento.

Indicó que las señoras Iris María Feria Rivera y Carmen Rosa Camacho de Pérez, cónyuge supérstite del causante, pidieron el reconocimiento de la sustitución pensional de la asignación de retiro.

Adujo que la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, en la Resolución 1049 del 6 de abril de 2005, ordenó el pago de la sustitución pensional a la señora Carmen Rosa Camacho de Pérez, y en las Resoluciones 1997 del 17 de junio de 2005 y 3393 del 22 de septiembre de 2005, la negó a la señora Iris María Feria Rivera.

Explicó que la entidad accionada le negó el reconocimiento pensional a la señora Iris María Feria Rivera, con fundamento en el parágrafo 2 del artículo 11 del Decreto 4433 de 2004.

---

<sup>1</sup> Folios 89-96 cppal



Nº Interno: 0703-2012  
Demandante: Iris María Feria Rivera  
Demandado: Caja de Retiro de las Fuerzas Militares y otra

A reglón seguido, se solicitó la suspensión provisional de los efectos de la Resolución 1049 del 6 de abril de 2005.

### **1.2 Normas violadas y concepto de violación**

En la demanda se citan como vulnerados los artículos 5, 13, 42 y 48 de la Constitución Política; y, 11 y 47 de la Ley 797 de 2003.

Precisó que la Ley 797 de 2003 dispone que el Sistema General de Pensiones se aplica a todos los habitantes del territorio nacional.

Adujo que la familia es el núcleo e institución, básica de la sociedad, que constituye el objeto de protección en la regulación de la sustitución pensional, por lo tanto, cobija por igual al matrimonio y a la unión marital de hecho; tal como lo ha considerado la Corte Constitucional en las sentencias T-553 de 1994 y T-556 de 1998.

Sobre la sustitución pensional entre compañeros permanentes destacó que prima la aplicación de los criterios de convivencia, apoyo mutuo y vida en común frente a los rigorismos meramente formales. De tal suerte, que la compañera permanente puede desplazar a la cónyuge si se comprueba que no se configuran las características propias de la vida de casados.

Advirtió que la cónyuge supérstite debe acreditar la convivencia efectiva con el pensionado para el momento de la muerte, aspecto central para determinar el beneficiario de la pensión de sobrevivientes, sin que sea relevante el criterio formal del vínculo.

Señaló que la señora Iris María Feria Rivera fue compañera permanente del causante durante 11 años, hecho que se acredita con declaraciones extra juicio; los comprobantes de pago de la asignación de retiro de 8 años que guardó la actora y aportó al proceso; la carta del hijo del pensionado, en la que señala la separación de sus padres; y, la dos fotografías tomadas a la actora y al causante, en una situación de convivencia.



## 2. Contestación de la demanda

### 2.1 Carmen Rosa Camacho de Pérez se opuso a las pretensiones de la demanda<sup>2</sup>.

Indicó que la señora Iris María Feria Rivera no convivía con el causante, ni dependía económicamente de él, resaltando que durante toda la vida matrimonial nunca se separaron de hecho o judicialmente los esposos Pérez Camacho, y que el traslado del pensionado a la ciudad de Barranquilla se realizó porque era indispensable para su salud.

Explicó que nunca existió un vínculo familiar entre la actora y el causante, quienes sí vivieron bajo el mismo techo, pero en razón a que la demandante laboraba como empleada del servicio doméstico en la casa de la hermana del pensionado, donde éste también vivía.

Narró que la señora Carmen Rosa Camacho mantuvo una relación matrimonial con el causante, brindándose apoyo y soporte mutuo, hasta que falleció en Bogotá, encargándose de todos los trámites de la defunción.

Anotó que eventualmente pudo existir alguna relación entre el causante y la actora, pero no se trató de un vínculo estable, como quiera que hasta la notificación de la demanda, se enteró de su existencia.

Propuso la excepción de falta de legitimación en causa para demandar.

### 2.2 La Caja de Retiro de las Fuerzas Militares se opuso a las pretensiones de la demanda<sup>3</sup>:

Explicó que el 3 de marzo de 2005, la señora Carmen Rosa Camacho de Pérez, como cónyuge supérstite, solicitó la sustitución pensional del señor Marco Fidel Pérez Salas. Prestación que fue reconocida en la Resolución 1049 del 6 de abril de 2005.

---

<sup>2</sup> Folios 144-148 cppal

<sup>3</sup> Folios 192-198 cppal



N° Interno: 0703-2012

Demandante: Iris María Feria Rivera

Demandado: Caja de Retiro de las Fuerzas Militares y otra

Anotó que el 2 de mayo de 2005, la señora Iris María Feria Rivera pidió el reconocimiento de la sustitución pensional, que fue negada con fundamento en el artículo 11 del Decreto 4433 de 2004, toda vez que en caso de convivencia simultánea del causante con la cónyuge y la compañera permanente, la beneficiaria de la sustitución es la esposa.

### 3. La sentencia de primera instancia

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección C, mediante sentencia del 1 de diciembre de 2011, (i) negó la suspensión del proceso; (ii) declaró la nulidad parcial de la Resolución 1049 del 6 de abril de 2006; (iii) declaró la nulidad de las Resoluciones 1997 del 17 de junio de 2005 y 3393 del 22 de septiembre de 2005; y (iv) ordenó el pago a la señora Iris María Feria Rivera del 50% de la asignación de retiro del Sargento Segundo Marco Fidel Pérez Salas, en su condición de compañera permanente, desde la fecha de la citada providencia<sup>4</sup>.

Señaló que el parágrafo 2 del artículo 11 del Decreto 4433 de 2004 es contrario a la Constitución Política, en la medida que discrimina a la compañera permanente frente a la cónyuge, toda vez que en caso de convivencia simultánea con el causante, durante los 5 años anteriores a su fallecimiento, el derecho a la sustitución de la asignación de retiro se concede a la esposa o esposo.

Indicó que, de conformidad con los medios de prueba recaudados en el proceso, se acreditó la convivencia simultánea del causante con la señora Iris María Feria Rivera (compañera permanente) y Carmen Rosa Camacho Pérez (cónyuge), durante los 5 años anteriores a su fallecimiento, puesto que compartió su vida con las dos, brindando afecto, solidaridad, apoyo y respaldo económico a los dos hogares.

---

<sup>4</sup> Folios 366-399 cppal



Nº Interno: 0703-2012  
Demandante: Iris María Feria Rivera  
Demandado: Caja de Retiro de las Fuerzas Militares y otra

Por consiguiente, consideró que es procedente el reconocimiento del derecho a la sustitución pensional en partes iguales a favor de las dos señoras con quienes convivió simultáneamente el causante.

Sin embargo, explicó que el reconocimiento pensional se ordenó a partir de la fecha de la sentencia para mantener el equilibrio financiero de la entidad pagadora, pues ya había pagado la sustitución pensional en un 100% a la señora Carmen Rosa Camacho de Pérez, desde el día 25 de febrero de 2005, día en que falleció el Sargento Primero del Ejército Nacional Marco Fidel Pérez Salas.

#### **4. El recurso de apelación**

La parte actora solicita que se revoque la sentencia de primera instancia<sup>5</sup>.

Explicó que la cónyuge y la compañera permanente no pueden acceder de manera simultánea a la sustitución pensional, pues así se entiende de la lectura del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003.

Indicó que el tiempo de convivencia de la señora Iris María Feria Rivera con el causante, coincide con las fechas en las que trabajó con la señora Olga Isabel Pérez Salas, del año 1998 al 2005. Época en la que *“fueron formándose las relaciones amorosas de Marco Fidel con Iris, que se consolidaron en el año 1998 en Sabanalarga, cuando se organizaron oficialmente como pareja estable, compartiendo factores como el auxilio o apoyo mutuo, convivencia efectiva, comprensión y vida en común de manera exclusiva hasta el momento de su muerte que legitiman el derecho reclamado en un 100%”*.

Alegó que el Tribunal pasó por alto algunas pruebas que demostraban la convivencia única y exclusiva de la señora Iris María Feria con el causante, como que ésta guardaba los desprendibles de nómina de los años 1998 a 2005 de la asignación de retiro y las dos fotografías, visibles a folio 50, que para el *A quo* no ofrecían certeza sobre la relación sentimental. Sin embargo,

---

<sup>5</sup> Folios 401-412 cppal



Nº Interno: 0703-2012  
Demandante: Iris María Feria Rivera  
Demandado: Caja de Retiro de las Fuerzas Militares y otra

en criterio de la actora dichas pruebas documentales debieron valorarse con los testimonios por los cuales se demostró que sí convivió con el señor Marco Fidel Pérez Salas.

Censuró sobre la valoración de las pruebas por parte del *A quo* que el testigo Raúl Enrique Ruiz Vesga no conocía la existencia de la relación sentimental de la demandante con el señor Marco Fidel Pérez Salas, ya que en su declaración manifestó que en los 5 años anteriores al fallecimiento del causante no lo había visitado en Barranquilla.

Expresó que las declaraciones extra juicio aportadas por la señora Carmen Rosa Camacho, con la contestación de la demanda, como la del señor Cerveleón Rodríguez Herrera no podían ser valoradas porque el artículo 229 del Código de Procedimiento Civil disponía su ratificación en el proceso.

Sostuvo que el causante no convivía simultáneamente con la esposa y con la compañera permanente, porque según la declaración rendida por la señora Olga Isabel Pérez Salas, hermana del causante, la señora Carmen Rosa Camacho vivía en Bogotá, atendía su casa e iba a Barranquilla *"nada más a verlo"*.

En este mismo sentido, aseveró que el causante había indiciado un trámite de divorcio con su esposa y que en el proceso obra una carta del 15 de abril de 2002, firmada por Jaime Alberto Pérez Camacho, hijo del pensionado, en la que informa que *"mi mamá no quiso firmar el poder que usted le envió, ella dice que cuando estuvieron haciendo los trámites ella firmó lo que tenía que firmar (...) [que] usted puede hacer el proceso de divorcio por su lado"*.

Anotó que en el interrogatorio de parte, la demandante probó que el señor Marco Fidel Pérez Salas estaba haciendo los trámites de divorcio ante el Juzgado Sexto de Familia de Bogotá, con el certificado expedido por éste. Documento que no fue valorado en la sentencia de primera instancia.

Aseveró que la señora Carmen Rosa Camacho no sufría de ninguna enfermedad que le impidiera acompañar a su cónyuge en la ciudad de



Nº Interno: 0703-2012  
Demandante: Iris María Fería Rivera  
Demandado: Caja de Retiro de las Fuerzas Militares y otra

Barranquilla, donde vivía por recomendaciones médicas, para así cumplir con los compromisos de convivencia, ayuda y socorro mutuo de la vida en pareja.

Precisó que el Tribunal incurrió en una contradicción, cuando afirmó que para acreditar quién es el beneficiario de la sustitución pensional es fundamental el criterio material de la convivencia, no el vínculo formal, pese a que posteriormente afirmó que estaba probada la “coexistencia” de la relación marital, porque la señora Carmen Rosa Camacho y el causante no se divorciaron.

Expresó que el deber de socorro entre los cónyuges no se limita al apoyo económico y que no se concibe la vida matrimonial con la omisión del deber de cohabitación, conforme la ha considerado la Corte Suprema de Justicia.

Anotó que no hubo convivencia simultánea entre la cónyuge, la compañera permanente y el señor Marco Fidel Suárez Salas, resaltando que éste vivía y prestaba los deberes de apoyo moral y afectivo de manera exclusiva a la señora Iris María Fería Rivera, durante sus últimos 5 años de vida.

Como segundo aspecto del recurso de apelación, indicó que el Tribunal dispuso el pago de la sustitución pensional para la compañera permanente desde la fecha de la sentencia, para mantener el equilibrio financiero de la entidad pagadora. Pero no explicó con qué fundamento jurídico, máxime cuando en la demanda se solicitó la suspensión provisional de la Resolución 1049 del 6 de abril de 2005 de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, que reconoció a la cónyuge el 100% de la pensión.

Adujo que, según la Corte Constitucional, en la sentencia T-167 de 2001, el fundamento constitucional del pago retroactivo de la pensión sustitutiva y de sobreviviente, es que el juez cumple una función declarativa al reconocer los derechos a partir del momento en que se cumplen los supuestos fácticos y jurídicos que dan lugar a su configuración. Así, la Corte aclaró que el juez declara el nacimiento del derecho desde el momento de la muerte del causante, previo cumplimiento de los requisitos legales. Por ello, se debe



Nº Interno: 0703-2012  
Demandante: Iris María Feria Rivera  
Demandado: Caja de Retiro de las Fuerzas Militares y otra

realizar el pago de las mesadas de la pensión de sobrevivientes desde el fallecimiento del causante.

Advirtió que la suspensión provisional de los actos demandados se solicitó en el año 2010, es decir, dos años después de que la Corte Constitucional, en la sentencia C-1035 de 2008, considerara que en caso de convivencia simultánea, en los 5 años anteriores al fallecimiento del cónyuge, con la esposa y la compañera permanente, la sustitución pensional debía comprenderlas a ambas.

Pidió entonces que se declare la nulidad total de la Resolución 1049 del 6 de abril de 2005, dictada por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares que reconoció y ordenó el pago de la sustitución pensional, en el monto del 100%, a la señora Carmen Rosa Camacho, cónyuge sobreviviente; y que se ordene el reconocimiento y pago de la sustitución en el monto del 100% a favor de la señora Iris María Feria Rivera, compañera permanente, el cual se debe ordenar a partir del 25 de febrero de 2005, fecha de muerte del causante, con los intereses moratorios vigentes, acorde con el artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

## 5. Alegatos de conclusión

**5.1 La parte demandante** insistió en los argumentos del recurso de apelación<sup>6</sup>.

**5.2 La señora Carmen Rosa Camacho de Pérez** indicó que el recurso de apelación valora parcialmente las pruebas, pues olvida que *"la esposa legítima del causante señora Carmen Rosa Camacho Pérez, no solo era la esposa, pues si bien el algún momento de la vida matrimonial existió la posibilidad de una separación, dicha situación no ocurrió, por el contrario el vínculo matrimonial continuo"*<sup>7</sup>.

Señaló que como cónyuge del causante se encargó de todos los trámites

---

<sup>6</sup> Folios 440-445 cppal

<sup>7</sup> Folios 446-450 cppal



administrativos para el tratamiento de su enfermedad, resaltando que en el documento del 21 de mayo de 1999, allegado a la Dirección de Sanidad del Comando General de las Fuerzas Militares, el señor Marco Fidel Pérez Salas manifestó que estaba haciendo vida marital con ella. Hecho que desvirtúa la alegada convivencia con la actora.

Precisó que el causante vivía en la ciudad de Barranquilla con su hermana y que su hija extra matrimonial lo cuidaba, tal como lo indican las declaraciones extra juicio ratificadas en el proceso de las señoras Olga Pérez Salas y Gloria Isabel Pérez, hermana e hija del causante, respectivamente.

Adujo que la esposa tiene derecho a la sustitución pensional, pese a no convivir los últimos 5 años con el causante, según lo considerado por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia del 29 de noviembre de 2011, proceso con radicado 40055, donde se afirmó que cuando no hay convivencia simultánea del afiliado con la cónyuge y la compañera permanente, *“para que al cónyuge le asista derecho a la pensión de sobrevivientes, no tiene la carga de demostrar una convivencia con el causante en los últimos 5 años anteriores al fallecimiento, aunque sí debe probar, (...) que hubo convivencia en cualquier tiempo, por un término de cinco (5) años”*.

## 6. Concepto del Ministerio Público

El Ministerio Público solicitó que se confirme la sentencia de primera instancia<sup>8</sup>.

Precisó que la accionante acreditó haber convivido con el causante por más de 5 años, ya que las declaraciones extra procesales que se aportaron al *sub lite* coinciden en afirmar que vivieron por más de 11 años en la ciudad de Barranquilla, donde el pensionado se trasladó por problemas de salud. Por otra parte, anotó que la cónyuge también demostró la existencia del vínculo matrimonial con el causante y que dependía económicamente de él.

---

<sup>8</sup> Folios 356-361 cppal



N° Interno: 0703-2012

Demandante: Iris María Feria Rivera

Demandado: Caja de Retiro de las Fuerzas Militares y otra

Concluyó que la sustitución pensional se debe reconocer en forma compartida, porque la esposa y la compañera permanente demostraron las relaciones de apoyo y afecto con el pensionado.

## II. CONSIDERACIONES

### 1. Competencia

La Subsección es competente para conocer en segunda instancia de este proceso de conformidad con lo establecido en el artículo 129 del CCA.

### 2. Problema jurídico

Corresponde a la Sala establecer si en los términos del recurso de apelación interpuesto por la actora procede revocar la sentencia de primera instancia que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.

Para el efecto se analizará si se debe ordenar el pago de la sustitución pensional a la compañera permanente en un monto del 100%, en razón de su convivencia con el causante durante los 5 años previos a su fallecimiento, y si la mesada pensional debe cancelarse desde el deceso del pensionado o a partir de la sentencia.

Con el fin de abordar el problema jurídico se tratarán los siguientes aspectos

2.1. Marco normativo y jurisprudencial; 2.2. Pruebas recaudadas; y 2.3. Solución al caso concreto.

#### 2.1. Marco normativo y jurisprudencial

La Constitución Política indica que corresponde al Congreso dictar las normas generales a las que debe sujetarse el Gobierno para fijar el régimen salarial y prestacional de los miembros de la Fuerza Pública (art. 150, numeral 19, literal e.). Así mismo, el artículo 218 *idem* prevé que la ley determinará el régimen especial de carrera, prestacional y disciplinario de las Fuerzas Militares.



Nº Interno: 0703-2012  
Demandante: Iris María Feria Rivera  
Demandado: Caja de Retiro de las Fuerzas Militares y otra

En virtud de este mandato, la Ley 923 de 2004, en el artículo 3, regula los elementos mínimos que debe tener en cuenta el Gobierno Nacional para fijar el régimen de asignación de retiro, la pensión de invalidez y sus sustituciones, la pensión de sobrevivientes para los miembros de la Fuerza Pública.

El numeral 3.7 del artículo 3 *idem* desarrolla el orden de beneficiarios de la sustitución de la asignación de retiro y en el numeral 3.7.2 (inciso 3) señalaba que en caso de convivencia simultánea del causante con la cónyuge y la compañera, durante los 5 años anteriores al fallecimiento, el beneficiario de la sustitución sería el esposo o esposa<sup>9</sup>. Este aparte de la norma fue declarado exequible de forma condicionada por la Corte Constitucional, en la sentencia C-456 del 22 de julio de 2015, por dar un trato diferenciado injustificado entre las familias conformadas por vínculos jurídicos y naturales:

*"7.4.1.1. En el presente caso se debate el hecho de que en el régimen especial de la Fuerza Pública, se asigne como beneficiario de la sustitución de la asignación de retiro o de la pensión de invalidez o de la pensión de sobreviviente, al cónyuge y no al compañero o compañera permanente que hayan convivido de manera simultánea con el causante durante los cinco años anteriores a su muerte.*

*(...)*

*7.4.3.2. Ahora bien, es preciso determinar si el hecho de que una norma como la que se examina, que establece como beneficiario al cónyuge y excluye al compañero permanente de una prestación social, puede mantenerse en el ordenamiento jurídico, no obstante la Corte haya considerado que no pueden existir distinciones que se fundamenten en el origen familiar, considerando que dicha disposición se encuentra un régimen especial.*

*7.4.3.3. La respuesta en este caso es negativa, puesto que cualquier regulación que plantee diferencias en razón de la naturaleza del vínculo familiar, está prohibida y es contraria a la Constitución, independientemente que se trate de un régimen general o especial. Prevalece en este sentido el derecho a la*

---

<sup>9</sup> "En caso de convivencia simultánea en los últimos cinco (5) años, antes del fallecimiento del causante entre un cónyuge y una compañera o compañero permanente, la beneficiaria o el beneficiario de la sustitución de la asignación de retiro o de la pensión de invalidez o de la pensión de sobreviviente será la esposa o el esposo. Si no existe convivencia simultánea y se mantiene vigente la unión conyugal pero hay una separación de hecho, la compañera o compañero permanente podrá reclamar una cuota parte de lo correspondiente al numeral 3.7.1 en un porcentaje proporcional al tiempo convivido con el causante siempre y cuando haya sido superior a los últimos cinco (5) años antes del fallecimiento del causante. La otra cuota parte le corresponderá a la cónyuge con la cual existe la sociedad conyugal vigente".



Nº Interno: 0703-2012

Demandante: Iris María Fera Rivera

Demandado: Caja de Retiro de las Fuerzas Militares y otra

*igualdad sobre la necesidad de contar con disposiciones especiales para cierto grupo de personas como los son los miembros de la Fuerza Pública.*

(...)

*7.5.1. Dicho lo anterior, se declarará la exequibilidad condicionada de la expresión examinada, en el entendido que los beneficiarios de la sustitución de la asignación de retiro o de la pensión de invalidez o de la pensión de sobreviviente de los miembros de la Fuerza Pública, serán el esposo o la esposa, el compañero o compañera permanente en caso de convivencia simultánea durante los últimos cinco años anteriores a la muerte del causante, y las uniones permanentes conformadas por parejas del mismo sexo<sup>10</sup>.*

*7.5.2. Si bien el matrimonio y la unión marital de hecho son instituciones distintas, el Legislador no puede otorgar un tratamiento diferente entre cónyuges y compañeros permanentes que se sustente únicamente en la naturaleza del vínculo familiar, generando de esta manera la desprotección de los derechos de la familia que se origina de las uniones maritales de hecho.*

*7.5.3. Así las cosas, resulta contrario del derecho a la igualdad (art. 13 CP) y al deber de amparar a la familia como núcleo básico de la sociedad (art. 5 y 42 CP), que en el régimen prestacional especial de la Fuerza Pública se definan como únicos beneficiarios de la sustitución de la asignación de retiro o de la pensión de invalidez o de la pensión de sobreviviente, al esposo o esposa, por lo que es necesario incluir también al compañero o compañera permanente que hubiesen convivido simultáneamente con el causante durante los cinco años anteriores a la muerte del mismo. Lo anterior concuerda con el precedente parcial que se desprende de la sentencia C-1035 de 2008<sup>11</sup>.*

En consecuencia, la Corte Constitucional declaró exequible la expresión “En caso de convivencia simultánea en los últimos cinco (5) años, antes del fallecimiento del causante entre un cónyuge y una compañera o compañero permanente, la beneficiaria o el beneficiario de la sustitución de la asignación de retiro o de la pensión de invalidez o de la pensión de sobreviviente será la esposa o el esposo” (inc. 3, numeral 3.7.2 de la Ley 923 de 2004), bajo el entendido que “también son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, de invalidez y de la sustitución de la asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública, la compañera o el compañero permanente del causante y que dicha pensión o sustitución se dividirá entre ellos (as) en proporción al tiempo de convivencia con el difunto”.

<sup>10</sup> C-577 de 2011.

<sup>11</sup> C-456 de 2015, M.P. Mauricio González Cuervo.



Nº Interno: 0703-2012  
Demandante: Iris María Ferla Rivera  
Demandado: Caja de Retiro de las Fuerzas Militares y otra

En el marco de sus competencias, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 4433 de 2004, que en el parágrafo 2 del artículo 11, establece las reglas para la sustitución de la asignación de retiro, cuando existe cónyuge y compañero o compañera permanente, precisando, en el mismo sentido de la ley marco, que en caso de convivencia simultánea en los 5 años previos al fallecimiento del causante *“la beneficiaria o el beneficiario de la sustitución de la asignación de retiro o de la pensión de invalidez o de la pensión de sobreviviente será la esposa o el esposo”* (inciso 3 del literal b.). La Sección Segunda del Consejo de Estado, en sentencia del 12 de febrero de 2015, en sede de simple nulidad, declaró la validez condicionada de dicha expresión bajo el entendido que además de la esposa o esposo, la compañera o compañero permanente también es beneficiario de la sustitución pensional, en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido<sup>12</sup>.

## 2.2. Pruebas recaudadas relevantes

### Documentales

-Registro Civil de matrimonio del señor Marco Fidel Pérez Salas con la señora Carmen Rosa Camacho Hernández, con fecha de celebración del 23 de diciembre de 1962<sup>13</sup>.

-Copias de los desprendibles de pago de la asignación de retiro de los años 1998 a 2005<sup>14</sup>.

-Dos fotografías presuntamente del causante con su compañera permanente<sup>15</sup>.

-Fórmulas médicas, solicitudes de medicamentos y de exámenes médicos y ecocardiogramas del pensionado<sup>16</sup>.

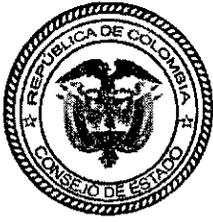
<sup>12</sup> Consejo de Estado, Sección Segunda, M.P. Gerardo Arenas Monsalve, proceso con radicado 11001-03-25-000-2010-00236-00 (1974-2010).

<sup>13</sup> Folio 191 cppal

<sup>14</sup> Folios 24-56 cppal

<sup>15</sup> Folio 57 cppal

<sup>16</sup> Folios 58-82 cppal



Nº Interno: 0703-2012

Demandante: Iris María Fera Rivera

Demandado: Caja de Retiro de las Fuerzas Militares y otra

- Hoja de servicios militares del señor Marco Fidel Pérez Salas<sup>17</sup>.
- Resolución 3568 del 17 de noviembre de 1971 de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, que ordenó el reconocimiento y pago de la asignación de retiro al señor Marco Fidel Pérez Salas, Sargento Primero Retirado del Ejército<sup>18</sup>.
- Carta del 21 de mayo de 1999 del pensionado enviada a la Dirección General de Sanidad Militar, en la que precisa que su beneficiaria es la señora Carmen Rosa Camacho de Pérez, resaltando que estaban haciendo vida marital<sup>19</sup>.
- Carta del 15 de abril de 2002, con firma ilegible, dirigida al causante, en la que su hijo le señala que su madre no desea firmarle un poder, de modo que debería iniciar los trámites del divorcio<sup>20</sup>.
- Certificación del Juzgado Sexto de Familia de Bogotá del 31 de marzo de 2011, informando que estaba archivado el proceso de divorcio del causante con la cónyuge<sup>21</sup>.
- Registro civil de defunción del señor Marco Fidel Pérez Salas, donde consta que falleció el 25 de febrero de 2005<sup>22</sup>.
- Carta de la cónyuge del causante, del 23 de mayo de 2005, dirigida al Banco Popular, aportando el registro civil de defunción, la partida de matrimonio, declaraciones juradas de los hijos y los registros civiles de nacimiento de éstos<sup>23</sup>.
- Cartas de la cónyuge del causante dirigidas al Banco Popular, para solicitar la cancelación de sus obligaciones<sup>24</sup>.

---

<sup>17</sup> Folios 103-107 cppal

<sup>18</sup> Folio 108-109 cppal

<sup>19</sup> Folio 182 cppal

<sup>20</sup> Folio 16 cppal

<sup>21</sup> Folio 340 cppal

<sup>22</sup> Folio 22 cppal

<sup>23</sup> Folio 160 cppal

<sup>24</sup> Folios 161-162 cppal



Nº Interno: 0703-2012  
Demandante: Iris María Fera Rivera  
Demandado: Caja de Retiro de las Fuerzas Militares y otra

-Cartas de la cónyuge del causante de los años 1998 y 1999 en las que realiza trámites médicos para su esposo<sup>25</sup>.

-Historia clínica del pensionado<sup>26</sup>.

**Declaraciones extra juicio de los señores** Germán Botero Zuluaga, Maira Esther Sulbaran Mercado, Jesús Santana Mendoza y Ana Isabel Sulbaran Mercado, donde se manifestó que el causante convivió con la actora, como compañera permanente, por 11 años hasta la fecha de su fallecimiento y que ella dependía económicamente de él<sup>27</sup>.

**Declaraciones extra juicio** donde se indicó que el causante estaba casado con la señora Carmen Rosa Camacho de Pérez desde el 23 de diciembre de 1962, con quien compartió lecho, mesa y techo hasta la fecha de su muerte, de los siguientes señores: Rosa Hilda Lezaca de Váldez<sup>28</sup>, Ana Felisa Amador de Rodríguez<sup>29</sup>, Raúl Enrique Ruiz Vega<sup>30</sup>, Jorge Enrique Acevedo Laguado<sup>31</sup>, Gloria Isabel Pérez Parra (hija del causante)<sup>32</sup>, Isabel María Pérez Salas (hermana del pensionado)<sup>33</sup>, Heriberto Julio Mendoza<sup>34</sup> y Olga Pérez Salas (hermana del causante)<sup>35</sup>. Ratificaciones de las declaraciones de los señores Heriberto Julio Mendoza, Gloria Isabel Pérez Parra y Olga Isabel Pérez Salas<sup>36</sup>.

---

<sup>25</sup> Folios 163-170, 184, 185 y 187. *cppal*

<sup>26</sup> Anexos 2 y 6. *cppal*

<sup>27</sup> Folio 18-21 *cppal*

<sup>28</sup> Folio 150 *cppal*

<sup>29</sup> Folio 151 *cppal*

<sup>30</sup> Folio 151 *cppal*

<sup>31</sup> Folio 153 *cppal*

<sup>32</sup> Folio 154 *cppal*

<sup>33</sup> Folio 155 *cppal*

<sup>34</sup> Folio 156 *cppal*

<sup>35</sup> Folio 157 *cppal*

<sup>36</sup> Folios 47-51 del anexo 4



N° Interno: 0703-2012

Demandante: Iris María Feria Rivera

Demandado: Caja de Retiro de las Fuerzas Militares y otra

### Testimoniales

En el proceso se practicaron los testimonios de los señores Maira Esther Sulbaran Mercado, Jesús Rafael Santana Mendoza<sup>37</sup>, Ana Isabel Sulbaran Mercado<sup>38</sup> y Germán Botero Zuluaga<sup>39</sup>, quienes expresaron que el causante y la actora convivían juntos en la ciudad de Sabanalarga, donde el pensionado le compró una vivienda.

Igualmente, en el proceso declaró el señor Raúl Enrique Ruiz Vega, sobre el matrimonio del pensionado con la señora Carmen Rosa Camacho<sup>40</sup>.

**Interrogatorio de parte** rendido por la señora Iris María Feria Rivera<sup>41</sup>.

### 2.3. Solución al caso concreto

En la demanda se solicita la nulidad de los actos administrativos que le negaron a la señora Iris María Feria Rivera el reconocimiento de la sustitución pensional, como compañera permanente del señor Marco Fidel Pérez Salas, quien disfrutaba una asignación de retiro como Sargento Primero Retirado del Ejército; y del acto administrativo de reconocimiento pensional a la señora Carmen Rosa Camacho, cónyuge supérstite del causante.

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda. Declaró la nulidad parcial de la resolución de reconocimiento pensional a la cónyuge supérstite y anuló las resoluciones que le negaron la sustitución pensional a la actora, como compañera permanente, para concederle el 50% de la asignación de retiro, efectiva a partir de la providencia.

La demandante solicita que se revoque la sentencia de primera instancia para obtener el 100% de la sustitución pensional, toda vez que el señor

---

<sup>37</sup> Folios 48-52 y 53-55 cppal

<sup>38</sup> Folios 288-290 cppal

<sup>39</sup> Folios 291-292 cppal

<sup>40</sup> Folios 275-278 cppal

<sup>41</sup> Folios 31-32 del anexo 3



Nº Interno: 0703-2012  
Demandante: Iris María Feria Rivera  
Demandado: Caja de Retiro de las Fuerzas Militares y otra

Marco Fidel Suárez Salas vivió exclusivamente con ella, como compañera permanente, durante los 5 años previos a su fallecimiento, y también reclama que las mesadas se paguen desde la fecha de muerte de su compañero, cuando adquirió el derecho al reconocimiento pensional.

Para resolver la censura, se destacan como hechos probados que el señor Marco Fidel Pérez Salas gozaba de una asignación de retiro, reconocida por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares y falleció el 25 de febrero de 2005. Con ocasión de su muerte, la señora Carmen Rosa Camacho, como cónyuge supérstite, y la señora Iris María Feria Rivera, en la calidad de compañera permanente, reclaman el reconocimiento de la sustitución pensional.

Ahora bien, en cuanto a la convivencia del causante con su esposa la señora Carmen Rosa Camacho, en la contestación de la demanda se aportaron las declaraciones extra juicio de los señores Rosa Hilda Lezaca de Váldez<sup>42</sup>, Ana Felisa Amador de Rodríguez<sup>43</sup>, Raúl Enrique Ruiz Vega<sup>44</sup>, Jorge Enrique Acevedo Laguado<sup>45</sup>, Gloria Isabel Pérez Parra (hija del causante)<sup>46</sup>, Isabel María Pérez Salas (hermana del pensionado)<sup>47</sup>, Heriberto Julio Mendoza<sup>48</sup> y Olga Pérez Salas (hermana del causante)<sup>49</sup>. En el proceso se ratificaron las declaraciones de estas últimas tres personas.

También, constan en el proceso las solicitudes que la esposa del causante presentó al Banco Popular, después de su fallecimiento para que se cancelara cualquier obligación pendiente, y el testimonio del señor Raúl Enrique Ruiz Vega, en el que expresó que no tenía conocimiento sobre alguna separación de hecho o legal del matrimonio de los señores Carmen Rosa Camacho y Marco Fidel Pérez Salas.

---

<sup>42</sup> Folio 150 cppal

<sup>43</sup> Folio 151 cppal

<sup>44</sup> Folio 151 cppal

<sup>45</sup> Folio 153 cppal

<sup>46</sup> Folio 154 cppal

<sup>47</sup> Folio 155 cppal

<sup>48</sup> Folio 156 cppal

<sup>49</sup> Folio 157 cppal



Nº Interno: 0703-2012  
Demandante: Iris María Feria Rivera  
Demandado: Caja de Retiro de las Fuerzas Militares y otra

Igualmente, se probó la existencia del matrimonio entre el causante con su esposa, el 22 de diciembre de 1962, con el registro civil de matrimonio, serial 03479079.

Por otra parte, obran las declaraciones de los señores Germán Botero Zuluaga, Maira Esther Sulbaran Mercado, Jesús Santana Mendoza y Ana Isabel Sulbaran Mercado que señalan la convivencia del señor Marco Fidel Pérez Salas con la señora Iris María Feria Rivera, en la ciudad de Sabanalarga, Atlántico, quienes como compañeros de Iglesia, narraron que durante 11 años sostuvieron una relación sentimental, que primero vivieron juntos en arriendo, y posteriormente, el causante le compró una casa a su compañera permanente.

A partir de la valoración en conjunto de estas pruebas se establece que el causante estaba casado con la señora Carmen Rosa Camacho de Pérez desde el 23 de diciembre de 1962, con quien sostuvo vínculos de solidaridad hasta la fecha de su muerte (25 de febrero de 2005), y que el pensionado debido a sus problemas cardíacos se trasladó al apartamento de su hermana en Barranquilla, donde conoció a la señora Iris María Feria Rivera, que laboraba allí, como empleada doméstica; con quien convivió en la ciudad de Sabanalarga, los 5 años previos a su muerte, como pareja mediando una relación de solidaridad y apoyo mutuo.

La recurrente considera que el *A quo* no valoró las pruebas que acreditaban su convivencia exclusiva con el causante, como los desprendibles de pago de la asignación de retiro de los años 1998 a 2005, las dos fotos donde están juntos; y que tampoco se dio importancia a lo declarado por los señores Raúl Enrique Ruiz Vega, Olga Isabel Pérez Salas y Gloria Isabel Pérez Parra, sobre que la señora Carmen Rosa Camacho no visitaba con frecuencia al pensionado, en la ciudad de Barraquilla.

Para la Sala, pese a que en los últimos años de su vida el pensionado no residió con su cónyuge en Bogotá, los dos sí tuvieron una relación de apoyo y solidaridad, según dan cuenta los testimonios y las pruebas documentales



Nº Interno: 0703-2012  
Demandante: Iris María Feria Rivera  
Demandado: Caja de Retiro de las Fuerzas Militares y otra

los cuales acreditan que la señora Carmen Rosa Camacho tramitaba ante la entidad prestadora de salud, a nombre su esposo, el desembolso de los pagos por los servicios médicos que él recibía en Barranquilla; y, así mismo, se encargó ante de las entidades bancarias de la cancelación de las obligaciones del señor Marco Fidel Pérez Salas, luego de su deceso.

Por ello, asistió la razón al Tribunal al establecer la coexistencia de la convivencia con la cónyuge y la compañera permanente *“toda vez que el vínculo nunca fue disuelto y según los testigos Raúl Enrique Ruiz Vega, Heriberto Julio Mendoza, Gloria Isabel y Olga Pérez Salas, el apoyo y ayuda mutua entre los contrayentes Carmen Rosa Camacho de Pérez y Marco Fidel Pérez permaneció hasta el fallecimiento del causante, pues nunca se divorciaron, y si bien es cierto el señor Pérez Salas se encontraba radicado fuera de Bogotá (domicilio de su esposa) por razones de salud, el apoyo y ayuda mutua persistieron hasta el final de sus días, tan es así que las diligencias posteriores al fallecimiento del de cujus fueron adelantados por la cónyuge superviviente”*.

Cabe destacar que, contrario a lo dicho por la parte actora, el Tribunal sí valoró las pruebas sobre su convivencia como compañera permanente con el causante, solo que al analizarlas en conjunto con las demás pruebas, acorde con las reglas de la sana crítica y la experiencia, se estableció que estaba unido con su cónyuge también por vínculos de apoyo y solidaridad.

Pues bien, la Sala no considera que de la valoración de las pruebas recaudadas en el proceso sea dable llegar a la conclusión de la convivencia exclusiva del pensionado con la compañera permanente. Sin embargo, se aclara que bajo la hipótesis de la separación de hecho del causante con esposa, el inciso tercero del numeral 3.7.2 del artículo 3 de la Ley 923 de 2004 prevé que la cónyuge con la que existe la sociedad conyugal vigente tiene derecho a una cuota parte proporcional de la sustitución de la asignación de retiro, así:

*“(…) Si no existe convivencia simultánea y se mantiene vigente la unión conyugal pero hay una separación de hecho, la compañera o compañero permanente podrá reclamar una cuota parte de lo correspondiente al numeral 3.7.1 en un porcentaje proporcional al tiempo convivido con el*



Nº Interno: 0703-2012

Demandante: Iris María Feria Rivera

Demandado: Caja de Retiro de las Fuerzas Militares y otra

*causante siempre y cuando haya sido superior a los últimos cinco (5) años antes del fallecimiento del causante. La otra cuota parte le corresponderá a la cónyuge con la cual existe la sociedad conyugal vigente”.*

Se aclara que el Decreto 4433 de 2004 prevé en el artículo 12 las causales de pérdida de la condición de beneficiario del cónyuge o compañero permanente y del derecho a la sustitución de la asignación de retiro, entre ellas *“Cuando lleven cinco (5) o más años de separación de hecho”*, sin embargo, también indica que depende de cada caso. Por lo tanto, en armonía con lo regulado por la Ley 923 de 2004, se debe entender que la causal de la separación de hecho de 5 años o más, no se refiere al cónyuge supérstite sino a la compañera o compañero permanente. En efecto, la norma dice:

**“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”.*

Por otra parte, pese a que se aportó la copia de la certificación del Juzgado Sexto de Familia de Bogotá sobre el archivo del trámite de divorcio, lo cierto es que no se dictó sentencia definitiva, por ende, está acreditada la vigencia del matrimonio del señor Marco Fidel Pérez Salas con la señora Carmen Rosa Camacho Hernández. Hecho que en virtud del numeral 3.7.2 del artículo 3 de la Ley 923 de 2004 le da derecho a la cónyuge supérstite a una parte de la sustitución de la asignación de retiro.

Así las cosas, se comparte lo decidido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca al disponer el pago a la demandante del 50% de la sustitución de la asignación de retiro del causante, dado que el otro 50% corresponde a la cónyuge supérstite.

Frente al segundo aspecto del recurso de apelación, la Sala debe decidir si la señora Iris María Feria Rivera, como compañera permanente del señor



Nº Interno: 0703-2012  
Demandante: Iris María Fera Rivera  
Demandado: Caja de Retiro de las Fuerzas Militares y otra

Marco Fidel Pérez Salas, que falleció el 25 de febrero de 2005, tiene derecho al pago de la sustitución pensional desde esta fecha y no desde la sentencia, como lo ordenó el Tribunal.

La Caja de Retiro de las Fuerzas Militares en las Resoluciones 1997 del 17 de junio de 2005 y 3393 del 22 de septiembre de 2005 le negó el reconocimiento a la demandante de la sustitución pensional, con fundamento en el aparte final del párrafo 2 del artículo del Decreto 4433 de 2004, pues en caso de convivencia simultánea se excluía a la compañera permanente como beneficiaria de la sustitución pensional. Norma que para esa fecha gozaba de presunción de legalidad, pues fue solo hasta el 12 de febrero de 2015, que el Consejo de Estado declaró su validez condicionada para incluir a la compañera permanente en el reconocimiento pensional<sup>50</sup>.

Por este motivo, no hay lugar a que la entidad pague la cuota parte de la sustitución pensional a la compañera permanente desde la fecha del fallecimiento del causante, por cuanto, los actos acusados se expidieron acorde con la normativa vigente para ese momento y el ente previsional ya le ha cancelado a la cónyuge supérstite el 100% de la mesada a partir de la muerte del pensionado. En este sentido, esta Corporación ha afirmado que *"la Sala encuentra que en esta oportunidad al revisar la actuación administrativa adelantada por la entidad demandada al reconocer la pensión a la señora [...] estuvo bien y gozó de la presunción de legalidad, incluso en dicha actuación fue publicado un edicto para que intervinieran todas aquellas personas que tuvieran interés directo, sin que la demandante hubiese realizado pronunciamiento alguno. Ello obliga entonces, a que el reconocimiento de la pensión compartida que se dicta en esta providencia, produzca efectos a partir de la ejecutoria de la sentencia"*<sup>51</sup>.

En este orden de ideas, la Sala desestima los argumentos del recurso de apelación, pues el Tribunal actuó conforme a derecho al disponer el pago del

<sup>50</sup> Consejo de Estado, Sección Segunda, M.P. Gerardo Arenas Monsalve, proceso con radicado 11001-03-25-000-2010-00236-00 (1974-2010).

<sup>51</sup> Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 3 de noviembre de 2016, M.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez, proceso con radicado 3479-2015.



Nº Interno: 0703-2012  
Demandante: Iris María Fera Rivera  
Demandado: Caja de Retiro de las Fuerzas Militares y otra

50% de la sustitución de la asignación de retiro para la señora Iris María Fera Rivera, desde la sentencia.

### III. DECISIÓN

En razón de los anteriores argumentos, la Sala confirmará la sentencia proferida por el Tribunal, que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.

En mérito de lo expuesto el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

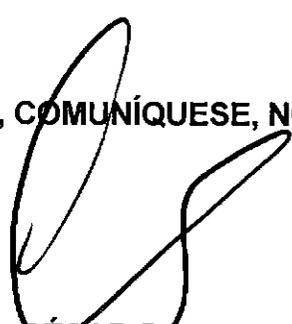
### FALLA

**PRIMERO.- CONFIRMAR** la sentencia del 1 de diciembre de 2011, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.

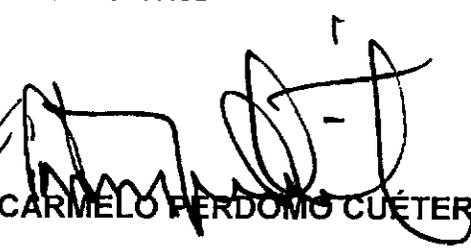
**SEGUNDO.- DEVOLVER** el expediente al Tribunal de origen una vez ejecutoriada esta providencia.

Discutida y aprobada en sesión de la fecha.

**CÓPIESE, COMUNÍQUESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

  
**CÉSAR PALOMINO CORTÉS**

  
**SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ**

  
**CARMELO PERDOMO CUÉTER**