



13-001-33-33-005-2015-00175-01

Cartagena de Indias D.T y C., veintinueve (29) de noviembre de dos mil diecinueve (2019)

Acción	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicado	13-001-33-33-005-2015-00175-01
Demandante	NEREIDA ROJAS PAZO
Demandado	CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES – CREMIL
Magistrado Ponente	MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ
Tema	<i>Sustitución pensional – coexistencia de una compañera permanente y una unión conyugal vigente, con separación de hecho – carga de la prueba</i>

### I.- PRONUNCIAMIENTO

Procede esta Sala de decisión a decidir el recurso de apelación presentado por la parte demandante en contra de la sentencia de primera instancia, dictada el 29 de noviembre de 2017 por el Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Cartagena, por medio de la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

### II.- ANTECEDENTES

#### 2.1. Demandante

La presente acción fue instaurada por NEREIDA ROJAS PAZO por conducto de apoderado judicial.

#### 2.2.- Demandado

La acción está dirigida en contra del CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES – CREMIL.

#### 2.3. La demanda

A través de apoderado judicial constituido para el efecto, la señora NEREIDA ROJAS PAZO, instauró demanda de nulidad y restablecimiento en contra de la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES – CREMIL, para que, previo el trámite a que hubiere lugar, se accediera a las siguientes,





### **2.3.1. Pretensiones**

PRIMERO: Que se declare nula la Resolución No 32701 de 26 de septiembre de 2008 y la Resolución No. 62778 del 10 de diciembre de 2012, por medio de las cuales se le niega a la señora NEREIDA ROJAS PAZO el reconocimiento a la sustitución pensional del señor LUIS FERNANDO MARTIN VILLATE, y las Resoluciones No. 3177 del 4 de octubre de 2006 y No. 234 el 1 de febrero de 2008, que en su momento otorgaron la sustitución pensional en mención a la señora MARÍA YOLANDA AVELLA DE MARTIN.

SEGUNDO: A título de restablecimiento del derecho, se reconozca a la actora como beneficiaria del 100% de la pensión que en vida disfrutó el señor LUIS FERNANDO MARTIN VILLATE. Aplicando el principio de progresividad establecido en el Decreto 4433 de 2004.

TERCERO: Que se condene a CREMIL al pago de las mesadas causadas, retroactivos y demás derechos pensionales, desde la fecha de la muerte del señor LUIS FERNANDO MARTIN VILLATE, ocurrida el 19 de agosto de 2006; con su respectivo reajuste y mesadas adicionales.

CUARTO: se condene al pago de constas y agencias en derecho

Los anteriores pedimentos se sustentan en los siguientes

### **2.3.2 Hechos**

En la demanda se expone, que el señor LUIS FERNANDO MARTIN VILLATE falleció el 19 de agosto de 2006, cuando disfrutaba de una asignación de retiro en calidad de Jefe de la Armada Nacional.

Que el señor LUIS FERNANDO MARTIN VILLATE, sostuvo en forma permanente una relación sentimental con la señora NEREIDA ROJAS, de la cual nació el señor JORGE IVÁN MARTIN ROJAS, el día 28 de diciembre de 1979.

Se indica, que el señor LUIS FERNANDO MARTIN VILLATE convivió de manera pacífica y publica con la señora NEREIDA ROJAS, no menos de 5 años antes de su fallecimiento, y que ésta última dependía económicamente de él.

Informa, que mediante petición del 26 de agosto de 2008 se solicitó ante CREMIL el reconocimiento y pago de la sustitución pensional del causante, sin





embargo la entidad no contestó de fondo la solicitud, solo se limitó a exponer que mediante oficio 32701 del 26 de septiembre de 2008 se había dado respuesta a la petición; sin embargo en dicho documento solo se le informa a la interesada que la sustitución pensional había sido concedida a la señora MARÍA YOLANDA AVELLA DE MARTIN, mediante Resolución 3177 del 4 de octubre de 2006, y que la misma fue extinguida con la Resolución 234 del 1 de febrero de 2008, con ocasión al fallecimiento de la misma.

Afirma, que los señores LUIS FERNANDO MARTIN AVELLA, JORGE MARTIN ROJAS, y MARÍA MARTIN ALMEIDA, en sus calidades de hijos del causante, suscribieron un documento privado, en el cual reconocieron a la señora NEREIDA ROJAS como compañera permanente del finado LUIS FERNANDO MARTIN VILLATE.

### **2.3.3. Normas violadas y concepto de la violación**

La accionante considera que los actos acusados violan las siguientes disposiciones legales:

- Constitución Política, artículos 1, 2, 48 y 53.
- Decreto 4433 del 2004

Como concepto de la violación, se afirma que la señora NEREIDA ROJAS PAZO, se ve afectada en su derecho a la seguridad social, por los actos administrativos demandados, como quiera que en ellos se desconoce su calidad de beneficiaria legal en la sustitución de retiro objeto de controversias, lo cual determina una afectación directa a su patrimonio.

Resalta que, el artículo 11 del Decreto 4433 de 2004, dispone que la compañera permanente es beneficiaria de la asignación de retiro del militar que fallece; así mismo, también establece las reglas para los eventos en los cuales existen simultáneamente una cónyuge y una compañera permanente. En tal sentido, afirma, debió reconocérsele su derecho pensional, en virtud a que convivió con el señor LUIS FERNANDO MARTIN VILLATE, por no menos de 5 años antes de su muerte.

### **2.3.4 Contestaciones de la demanda por parte de CREMIL**

No contestó la demanda



**III. – SENTENCIA IMPUGNADA<sup>1</sup>**

Por medio de sentencia del 29 de noviembre de 2017, la Juez Quinto Administrativo del Circuito de Cartagena, decidió negar las pretensiones de la demanda, argumentando lo siguiente:

Considera la Juez a quo, que la demandante no acreditó la convivencia efectiva con el causante al momento de su muerte, lo que era una carga a la luz de lo dispuesto en el artículo 11 del Decreto 4433 de 2004, que supone acreditar haber convivido durante los 5 años anteriores a la fecha de la muerte del causante; pues, si bien es cierto que los testigos traídos al proceso aseguraron que la señora NEREIDA ROJAS PAZO convivía en la misma casa con el causante de la pensión y su esposa, hasta la muerte de estos últimos; y que Rojas Pazo había ingresado a dicho hogar como empleada de servicio, pero que luego había terminado siendo la compañera permanente del señor LUIS FERNANDO MARTIN VILLATE; lo cierto es que las otras pruebas traídas al proceso desvirtúan dichas afirmaciones, puesto que en una declaración extrajudicial la misma demandante manifestó bajo la gravedad de juramento que la esposa del causante era quien convivía con éste, y no existía ninguna otra persona con mejor derecho para reclamar su pensión. Además, en la citada declaración se expresó una dirección de domicilio de la señora ROJAS PAZO, diferente a la dirección de residencia del causante de la pensión y su esposo, lo que lleva a concluir al juzgador, que no es cierto que esta conviviera en la misma casa con él.

Además expuso, que la reclamación de la señora NEREIDA ROJAS PAZO del 28 de agosto de 2008, fue presentada cuando ya estaba extinguida la asignación de retiro reconocida al señor LUIS FERNANDO MARTIN VILLATE, y en sustitución, se había reconocido como beneficiaria a la señora MARÍA YOLANDA AVELLA DE MARTIN; habiéndose publicado en debida forma los actos administrativos que declararon la extinción de la pensión, por el fallecimiento de la señora MARÍA YOLANDA AVELLA DE MARTIN, el 10 de abril de 2007.

Así las cosas, sostuvo que una vez extinguido el derecho no es posible volver a hacerle producir efectos jurídicos, porque los derechos no pueden tener un rango de perpetuidad, pues la normatividad no se lo otorga; muy distinto es el

<sup>1</sup> Folio 273-281 c. 2





carácter vitalicio otorgado a la prestación jubilatoria (asignación de retiro en este caso), que hace imprescriptible el derecho a las mesadas futuras, aunque sí se extingue el derecho a disfrutar las mesadas de tres años hacia atrás por la inactividad del beneficiario; pero en el caso de la extinción de la pensión misma o de la asignación de retiro, por la extinción del derecho de los beneficiarios, debe implicar la expiración de la pensión sin que sea dable que esta pase a los otros órdenes establecidos en la normatividad.

Así las cosas, indicó, que la asignación de retiro del señor LUIS FERNANDO MARTIN VILLATE se extinguió por las Resoluciones No. 0234 de febrero 1 de 2008 y No. 0899 de 16 de abril de 2008, a partir de 10 de abril de 2007. Que dichos actos fueron publicados en el Diario la República el 13 de febrero y 7 de mayo de 2008; y que, extinguida la asignación de retiro, no se puede predicar la imprescriptibilidad de un derecho que no existe, y respecto del cual no se le puede hacer producir efectos jurídicos.

#### **IV. - IMPUGNACIÓN**

##### **4.1 Apelación de la parte demandante<sup>2</sup>.**

Por medio de escrito presentado dentro de la oportunidad correspondiente, el apoderado accionante presentó recurso de apelación, manifestando no compartir la decisión del *a quo*, por cuanto se demostró a través de los testimonios de la señora ANA LEONOR PORTO MACÍAS, VANESSA BALLESTAS GIRADO Y JOSÉ LUIS BÁEZ PAZO, que la demandante si hizo convivencia efectiva con el señor LUIS FERNANDO MARTIN VILLATE de acuerdo a lo normado en el artículo 11 del Decreto 4433 de 2004, durante 5 años continuos inmediatamente antes de la muerte del causante.

Explica, que de los tres testimonios se puede extraer que la señora NEREIDA y la señora MARÍA YOLANDA convivían simultáneamente con el señor LUIS FERNANDO MARTIN VILLATE hasta su muerte y que de la unión de la señora ROJAS con el señor MARTIN nació un hijo de nombre JORGE IVÁN MARTIN ROJAS. Así mismo, debe concluirse que, si bien la señora ROJAS declaró, el día 23 de Agosto de 2006, que era la señora MARÍA YOLANDA quien convivía de manera exclusiva con el señor MARTIN, esta declaración pudo haber sido producto de un acuerdo entre ambas mujeres con el fin de no perjudicar a

<sup>2</sup> Folio 289-292 c. 2



quién figuraba como cónyuge, ya que como se expuso anteriormente con las declaraciones de los testigos, las dos convivían con el causante.

En cuanto a la dirección de residencia, expuso que la señora NEREIDA erró involuntariamente en el extrajuicio, y luego en la petición ante CREMIL, ya que efectivamente su dirección era la misma en la que residían los señores LUIS MARTIN y MARÍA YOLANDA.

Por otra parte, considera que el derecho a la sustitución de la asignación no está extinguido, pues la condición de compañera permanente que ostenta la señora NEREIDA ROJAS le confiere la condición de beneficiaria en la sustitución en iguales condiciones que a la cónyuge y por ello no puede extinguirse un derecho del cual aún persisten beneficiarios. De igual forma, debe tenerse en cuenta que el derecho a la pensión es de naturaleza imprescriptible y por ende no hay bases para los fundamentos expuestos por el Juzgador.

#### **V. - TRÁMITE PROCESAL**

La demanda en comento fue repartida ante Tribunal Administrativo de Bolívar, el 05 de marzo de 2018<sup>3</sup>, por lo que se procedió a dictar auto admisorio del recurso el 15 de agosto de 2018<sup>4</sup>; y, a correr traslado para alegar de conclusión el 4 de octubre de 2018<sup>5</sup>.

#### **VI. - ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

**6.1. Alegatos de la demandante<sup>6</sup>:** La parte accionante se ratificó en los argumentos del recurso de apelación.

**6.2. Alegatos de la demandada (CREMIL)<sup>7</sup>:** Esta entidad solicitó al Tribunal Administrativo de Bolívar mantener en firme la sentencia de primera instancia, ya que no le asiste el derecho a la actora para solicitar lo que se pretende en la demanda.

<sup>3</sup> Folio 2

<sup>4</sup> Folio 4

<sup>5</sup> Folio 8

<sup>6</sup> Folio 11-12 c. 2da inst.

<sup>7</sup> FOLIO 13-14 c. 2da inst.





13-001-33-33-005-2015-00175-01

Manifestó, que la señora NEREIDA ROJAS PAZO, reclama la sustitución pensional en calidad de compañera permanente, argumentando convivencia simultánea con la esposa del causante, requerimiento al que se le suministra respuesta mediante Oficio No. 3270 del 26 de septiembre del 2008, y Oficio 36653 del 27 de octubre del 2008, de conformidad con lo dispuesto en el literal a) del parágrafo 2 del artículo 11, del Decreto 4433 de 2004 negando el reconocimiento, toda vez que no acreditó la convivencia con el militar hasta la fecha de su fallecimiento, de acuerdo con lo siguiente:

El señor LUIS FERNANDO MARTIN VILLATE (q.e.p.d), en los diferentes escritos enviados a la Entidad, no hizo relación alguna sobre convivencia en unión marital con la peticionaria, por el contrario, durante un lapso de tiempo el militar, indicó como dirección de domicilio el Barrio Blas de Lezo, 3ra Etapa, Manzana 1, Lote 12, Cartagena, que es la misma dirección de domicilio de su esposa señora MARÍA YOLANDA AVELLA DE MARTIN, quien fue reconocida por esta Caja como beneficiaria de la prestación en calidad de cónyuge sobreviviente.

La señora MARÍA YOLANDA AVELLA DE MARTIN, logró demostrar con pruebas irrefutables que probaron la convivencia real y efectiva con el militar fallecido y por esta razón la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, ordenó el reconocimiento y pago de la sustitución de la asignación de retiro a su favor mediante la Resolución No. 3177 del 04 de octubre del 2006.

Así las cosas, resulta claro que el militar tenía su domicilio en el Barrio Blas de Lezo, 3ra Etapa, Manzana 1, Lote 12, de Cartagena, junto con su esposa la señora MARIA YOLANDA AVELLA DE MARTIN compartiendo techo, lecho y mesa y por esta razón la peticionaria no solicitó la sustitución de asignación de retiro en la fecha de fallecimiento del causante, presentando la petición cuando han transcurrido más de 5 años desde la fecha de fallecimiento del causante Y cuando la prestación se encuentra extinguida por fallecimiento de la cónyuge sobreviviente.

**6.3. Ministerio Público:** no rindió concepto.

## VII.- CONSIDERACIONES

### **7.1. Control de legalidad**

Tramitada la segunda instancia y dado que, no se observa causal de nulidad, impedimento o irregularidad que pueda invalidar lo actuado, se procede a decidir la controversia suscitada entre las partes.



## 7.2. Competencia.

Es competente esta Corporación para conocer el presente proceso en segunda instancia, por disposición del artículo 153 del CPACA.

## 7.3 Acto administrativo demandado.

- Resolución No 32701 de 26 de septiembre de 2008 por medio de la cual se le niega a la señora NEREIDA ROJAS PAZO el reconocimiento a la sustitución pensional del señor LUIS FERNANDO MARTIN VILLATE.
- Resolución No. 62778 del 10 de diciembre de 2012, en igual sentido que la anterior.
- Resolución 3177 del 4 de octubre de 2006, por medio de la cual la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES, le reconoció a la señora MARÍA YOLANDA AVELLA DE MARTIN, en calidad de cónyuge supérstite, la sustitución de la pensión que en vida disfrutaba el señor LUIS FERNANDO MARTIN VILLATE.
- Resolución 0234 del 1 de febrero de 2008, por medio de la que la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES declaró la extinción de la pensión en comento, en atención a la muerte de la única beneficiaria de la misma.

## 7.4 Problema jurídico.

El problema jurídico que se planteará, está determinado por los argumentos expuestos en los recursos de apelación presentada por las partes, contra la sentencia de primera instancia, así:

*¿Se encuentra demostrado en el plenario que la señora NEREIDA ROJAS PAZO, cumple con los requisitos para ser acreedora del derecho a la sustitución de la pensión que en vida gozaba el señor LUIS FERNANDO MARTIN VILLATE?*





## 7.5. Tesis

En mérito de lo expuesto, este Tribunal confirmará la sentencia de primera instancia toda vez que la señora YOLANDA ROJAS PAZO no logró demostrar los supuesto de hecho y de derecho necesarios para ser beneficiaria de la sustitución pensional del señor LUIS FERNANDO MARTIN VILLATE, como es la convivencia durante los últimos 5 años de vida del causante y la dependencia económica.

## 7.6. Marco normativo y Jurisprudencial

### 7.6.1 De la sustitución pensional

La Constitución Política de 1991 estableció un marco jurídico constitucional que reconoce y protege tanto a la familia formada por vínculos legales (matrimonio) como a la natural que se da por la convivencia de la pareja, con lo cual operó un cambio respecto del régimen anterior que daba especial protección a la familia surgida del vínculo matrimonial, así como a sus integrantes. Además, en desarrollo de otros principios constitucionales, tales como el de la igualdad, se han propuesto también tratamientos igualitarios frente a normas legales que establecen diferente trato para el cónyuge o el compañero (a) en caso de fallecimiento del pensionado.

En este orden de ideas, a la luz de los artículos 5, 13, 42 y 48 de la Carta Política de 1991, los derechos que se desprenden del derecho constitucional a la seguridad social comprenden de la misma manera tanto al cónyuge como al compañero(a) permanente, en desarrollo del principio constitucional de la igualdad frente a las familias unidas por vínculos jurídicos o naturales.

Así las cosas, cuando se presenta conflicto frente a quien debe entrar a sustituir un derecho pensional, este derecho queda sujeto a la comprobación material de la situación afectiva y de convivencia del causante al momento de su muerte, respecto de su cónyuge y/o compañera permanente, siendo necesario para concluir ese mejor derecho a sustituir al beneficiario de la pensión, demostrar la existencia de factores tales como, el auxilio o apoyo mutuo, la convivencia efectiva, la comprensión y la vida en común al momento de la muerte del pensionado, como legitimadores del derecho reclamado.



13-001-33-33-005-2015-00175-01

En lo que respecta a la normatividad frente de los derechos pensionales y la posibilidad de sustituir los mismos la cónyuge o a la compañera permanente, este Tribunal encuentra que, el Decreto 4433 de 2004, en su artículo 40 expone:

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

**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 1º.** *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 2º.** 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.

Si respecto de un titular de asignación de retiro o pensionado por invalidez hubiese un compañero o compañera permanente, con sociedad anterior conyugal no disuelta y derecho a percibir parte de la pensión de que tratan los literales a y b del presente párrafo, dicha pensión se dividirá entre ellos (as) en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido.

**En caso de convivencia simultánea en los últimos cinco años, antes del fallecimiento del causante entre un cónyuge o 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 literal a en un porcentaje proporcional al tiempo convivido con el causante siempre y cuando haya sido superior a los últimos cinco años antes del fallecimiento del causante. La otra cuota parte le corresponderá a la cónyuge con la cual existe la sociedad conyugal vigente.**

**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.

### 7.6.2 sustitución pensional en caso de convivencia simultanea

Como ya se ha comentado en reglones anteriores, el reconocimiento de la sustitución pensional en cabeza de la compañera permanente constituye un



13-001-33-33-005-2015-00175-01

avance generado a partir de la constitución de 1991, y la aplicación del principio de igualdad. Sin embargo, el conflicto suscitado en estos casos no se limita al simple evento en el cual el causante no se vinculó en matrimonio con otra persona, sino que vivió en unión marital de hecho con ella; sino que, por el contrario, el dilema se genera cuando al causante le sobreviven una cónyuge y una compañera permanente; pues en este evento la situación obliga a la administración de justicia a decidir a cuál de las dos personas se le otorga la pensión de sobreviviente, o, en caso de reconocérsela a ambas, deberá definirse en qué porcentaje se realizará dicha distribución.

Ahora bien, sobre este tema el Decreto 4433 de 2004, ha expuesto que *"En caso de convivencia simultánea en los últimos cinco años, antes del fallecimiento del causante entre un cónyuge o 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 literal a en un porcentaje proporcional al tiempo convivido con el causante siempre y cuando haya sido superior a los últimos cinco años antes del fallecimiento del causante. La otra cuota parte le corresponderá a la cónyuge con la cual existe la sociedad conyugal vigente"*.

Del texto de las normas transcritas observa la Sala que, en casos de convivencia simultánea, se prefiere al cónyuge a efectos de reconocer la pensión de sobrevivientes, privilegiándose de ésta manera el vínculo familiar regentado bajo el matrimonio.

Ahora bien, el Consejo de Estado<sup>8</sup> ha señalado que en estos eventos debe aplicarse el principio de favorabilidad laboral, dándole prevalencia a la legislación ordinaria contemplada en la Ley 100/93 que posibilita el reconocimiento equitativo de la pensión, entre la cónyuge y la compañera permanente, en caso de convivencia simultánea. Al respecto ha expuesto:

*"De acuerdo a lo establecido en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, el Sistema Integral de Seguridad Social no se aplica a los miembros de las Fuerzas Militares. Este*

<sup>8</sup> CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION SEGUNDA SUBSECCIÓN "B", Consejero ponente: GERARDO ARENAS MONSALVE. Bogotá D.C., treinta (30) de julio de dos mil nueve (2009).- Radicación número: 68001-23-15-000-2001-02594-01(0638-08)



13-001-33-33-005-2015-00175-01

postulado obedece a lo dispuesto por los artículos 150, numeral 19, literal e), y 217 de la Constitución Política, en los cuales se estableció que la ley debería determinar el régimen salarial y prestacional especial para los miembros de las Fuerzas Militares, el cual se encuentra justificado en el riesgo latente que envuelve el ejercicio de la función pública que desempeñan dichos agentes.

Por regla general se tiene que, las situaciones relacionadas con los derechos, las prerrogativas, los servicios, los beneficios y demás situaciones prestacionales de un trabajador, entre ellas el pago de los derechos pensionales se resuelve con las normas vigentes al tiempo del suceso. Sin embargo, en aplicación del principio de favorabilidad consagrado en el artículo 53 de la Carta Política, es posible considerar, la aplicación de la normatividad más favorable al trabajador "...en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho...".

El artículo 47 (modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003) de la Ley 100 de 1993 establece:

"Artículo 13. Los artículos 47 y 74 quedarán así: Artículo 47. Beneficiarios de la Pensión de Sobrevivientes. Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:

(...)

**En caso de convivencia simultánea en los últimos cinco años, antes del fallecimiento del causante entre un cónyuge y una compañera o compañero permanente, la beneficiaria o el beneficiario 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 literal a en un porcentaje proporcional al tiempo convivido con el causante siempre y cuando haya sido superior a los últimos cinco años antes del fallecimiento del causante. La otra cuota parte le corresponderá a la cónyuge con la cual existe la sociedad conyugal vigente; **Texto subrayado declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional C-1035 de 2008, en el entendido de 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 (...)"**.

La Corte Constitucional en sentencia C-1035 de 2008 dijo:

"(...) 10.2.5.4. Teniendo en cuenta que la situación fáctica que describe el apartado demandado es un fenómeno social, la propia Ley 797 contempló con claridad la posibilidad de que existan vínculos simultáneos. No obstante, de acuerdo a la previsión legislativa, en este tipo de circunstancias sólo tienen acceso a la pensión de sobrevivientes quienes tienen un vínculo matrimonial.

10.2.5.5. Frente a esta regulación legislativa, considera la Corte que, de acuerdo al entendimiento de la dimensión constitucional que irradia la figura de la pensión de sobrevivientes, no existe razón alguna para privilegiar, en casos de convivencia





13-001-33-33-005-2015-00175-01

simultánea, la pareja conformada por medio de un vínculo matrimonial, sobre aquella que se formó con base en un vínculo natural. Dicho en otras palabras, no se puede argumentar que para proteger la familia como núcleo esencial de la sociedad, se excluyan del ámbito de protección asistencial modelos que incluso la propia Carta ha considerado como tales.

10.2.5.6. Al analizar el criterio con base en el cual, en casos de convivencia simultánea, se prefiere al cónyuge a efectos de reconocer la pensión de sobrevivientes, la Corte no encuentra que con la norma se busque alcanzar un fin constitucionalmente imperioso. Es más, la Corte, con base en su propia jurisprudencia, estima que la distinción en razón a la naturaleza del vínculo familiar no puede constituir un criterio con base en el cual, como lo hace la disposición bajo examen, se establezcan tratamientos preferenciales que desconozcan la finalidad legal y constitucional de la pensión de sobrevivientes. Este planteamiento no es caprichoso. Surge al estudiar en su conjunto la jurisprudencia de esta Corporación sobre la materia (supra 8.3 y 8.4), a partir de la cual se puede concluir que las personas que conviven en condición de compañeros permanentes, históricamente han sido menospreciadas a partir de un patrón de valoración cultural que considera que este tipo de nexos familiares –a pesar de estar protegidos constitucionalmente- constituyen vínculos de segundo orden. (...)

10.2.6. En consecuencia, con el fin de eliminar la discriminación advertida y evitar un vacío en la regulación, la Corte considera que los argumentos expresados hasta el momento son suficientes para declarar la constitucionalidad condicionada de la expresión "En caso de convivencia simultánea en los últimos cinco años, antes del fallecimiento del causante entre un cónyuge y una compañera o compañero permanente, la beneficiaria o el beneficiario de la pensión de sobreviviente será la esposa o el esposo" contenida en el literal b del artículo 13 de la Ley 797 de 2003 que modificó el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, únicamente por los cargos analizados, en el entendido que además de la esposa o esposo, también es beneficiario de la pensión de sobrevivientes, el compañero o compañera permanente y dicha pensión se dividirá entre ellos (as) en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido.

10.2.7. La adopción de este parámetro, por parte de esta Corporación, no es arbitraria. Surge al observar los criterios fijados por el propio legislador en el literal anterior de la norma cuando establece que "Si respecto de un pensionado hubiese un compañero o compañera permanente, con sociedad anterior conyugal no disuelta y derecho a percibir parte de la pensión de que tratan los literales a) y b) del presente artículo, dicha pensión se dividirá entre ellos (as) en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido". Así, la Corte respetando los criterios hasta ahora definidos por el legislador, centró su análisis exclusivamente en la constitucionalidad de la regulación normativa para reconocer la pensión de sobrevivientes en casos de convivencia simultánea (...)"





## 7.7. Caso concreto

### 7.7.1. Hechos probados

De acuerdo con los medios probatorios allegados al plenario se tiene que:

- El señor LUIS FERNANDO MARTIN VILLATE, Suboficial Jefe de la Armada Nacional, gozaba de una asignación de retiro reconocida por medio de Resolución 481 del 26 de julio de 1968 (fl. 151).
- Que, de acuerdo con el registro civil de defunción visible a folio 11, el señor LUIS FERNANDO MARTIN VILLATE falleció el 19 de agosto de 2006.
- En consecuencia, la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES, le reconoció a la señora MARÍA YOLANDA AVELLA DE MARTIN, en calidad de cónyuge supérstite, la sustitución de la pensión que en vida disfrutaba el señor LUIS FERNANDO MARTIN VILLATE, mediante Resolución 3177 del 4 de octubre de 2006 (fl. 43-44).
- Al expediente administrativo Pensional se llevaron las siguientes declaraciones:
  - ✓ Declaración extrajuicio de la señora MARÍA YOLANDA AVELLA DE MARTIN (fl. 111 rev.), en la que esta indica que convivió durante 44 años, bajo el mismo techo, con el señor LUIS FERNANDO MARTIN VILLATE, en unión matrimonial, y que de dicha convivencia nació un hijo.
  - ✓ Declaración extrajuicio de la señora **NELBA ROSA ROMERO GARCÍA** (fl. 112), quien manifestó que la señora YOLANDA AVELLA DE MARTIN, se encontraba unida en matrimonio con el señor LUIS FERNANDO MARTIN VILLATE, que convivieron durante 44 años y que procrearon 1 hijo; que además existen 2 extramatrimoniales; pero todos ellos son mayores de edad y no dependían económicamente del causante.
  - ✓ Declaración extrajuicio de la señora **NEREIDA ROJAS PAZO**, en la cual se expone que la señora YOLANDA AVELLA DE MARTIN estaba unida en matrimonio con el señor LUIS FERNANDO MARTIN VILLATE, que la primera dependía económicamente del segundo y que convivieron





13-001-33-33-005-2015-00175-01

durante 44 años; además expuso, que procrearon 1 hijo; que además existen 2 hijos extramatrimoniales más; todos ellos mayores de edad. Así mismo afirmó, que no existía otra persona con mejor derecho para reclamar la pensión del causante (fl. 112 rev.)

- Conforme con el registro civil de defunción aportado a folio 125 rev., se evidencia que la señora **MARÍA YOLANDA AVELLA DE MARTIN**, falleció el 10 de abril de 2007; por lo que mediante Resolución 0234 del 1 de febrero de 2008, la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES declaró la extinción de la pensión en comento, a partir del 4 de junio de 2007 (fl. 48 y rev).
- Posteriormente, mediante Resolución 0899 del 16 de abril de 2008, se modificó la fecha de extinción de la pensión anterior, a partir del 10 de abril de 2007 (fl. 127).
- A través de Oficio CREMIL 50791 del 26 de septiembre de 2008, la entidad demanda contestó un derecho de petición presentado por la señora **NEREIDA ROJAS PAZO**, negándole el reconocimiento a la sustitución pensional del señor **LUIS FERNANDO MARTIN VILLATE**, argumentando que dicho derecho ya había sido sustituido a la señora **MARÍA YOLANDA AVELLA DE MARTIN**, y se había extinguido con la muerte de ésta última (fl. 9 y 216 rev).
- Ante CREMIL, la señora **NEREIDA ROJAS PAZO**, aportó 3 declaraciones extrajudicial, de las señoras **ESTHER PASSO DE BAEZ** y **NELBA ROSA ROMERO GARCÍA** y **WILLIAM R. YOLIS**, en cuales se manifiesta que la interesada convivió con el señor **LUIS FERNANDO MARTIN VILLATE** durante 44 años, como compañera permanente, hasta el momento de su muerte (fl. 134-135).
- Conforme con el registro civil de nacimiento aportado a folio 12, se evidencia que el señor **LUIS FERNANDO MARTIN VILLATE** y la demandante tuvieron un hijo llamado **JORGE IVÁN MARTIN ROJAS**, nacido el 28 de diciembre de 1979, el cual contaba con 26 años de edad.
- De acuerdo con el documento privado suscrito por los señores **LUIS FERNANDO MARTIN ABELLA**, **JORGE IVAN MARTIN ROJAS**, **MARÍA C.**





13-001-33-33-005-2015-00175-01

MARTIN ALMEIDA (quienes afirman ser hijos del señor LUIS FERNANDO MARTIN VILLATE), y la señora NEREIDA ROJAS PAZO, los primeros reconocen a la segunda como compañera permanente del señor MARTIN VILLATE, y "heredera" del mismo, por lo que le asignan un porcentaje del valor de la venta de la casa donde éste residía (fl. 18-19).

- Según consta en registro civil aportado a folio 255, la señora NEREIDA ROJAS PAZO, falleció el 18 de noviembre de 2015.
- Testimonio de VANESA PATRICIA GIRADO (MIN: 14:30)<sup>9</sup>:

*PREGUNTADO: conoce a la señora Nereida Rojas Pazo, y por qué la conoce  
CONTESTÓ: tengo de conocer a la señora Nereida 20 años, yo soy como si fuera familiar de ella, lejana, porque mi esposo es primo de ella; y yo la conocí en cuestiones de la familia, en el noviazgo uno conoce a la familia y ahí fue que conocí a la señora Nereida. PREGUNTADO: La señora Nereida donde reside. CONTESTÓ: En Blas de Lezo, en ese tiempo, era diagonal a donde yo vivo, por el colegio Jhon F. Kennedy. Preguntado: dígame si la Nereida es casada o soltera. CONTESTÓ: la señora Nereida vivía con el señor Luis Fernando Martín Avella, pero en sí, no era casa. PREGUNTADO: Donde vivía la pareja. CONTESTÓ: en la casa de Blas de lezo, la manzana no la recuerdo, porque ellos vivían diagonal. PREGUNTADO: ellos vivían en una casa propia o arrendada CONTESTÓ: en una casa propia. PREGUNTADO: de lo que usted conoció a esa pareja, cuantos años de convivencia tenían. CONTESTÓ: yo los conocí hace 20 años, no puedo decir más. PREGUNTADO: de esa relación nació algún hijo CONTESTÓ: sí, Jorge Iván. PREGUNTADO: cuantos años puede tener, más o menos, el hijo de la pareja CONTESTÓ: Jorge Iván puede tener como unos 36 años, si no me equivoco. (...) PREGUNTADO: el señor Martín tenía una esposa o un vínculo matrimonial con otra persona CONTESTÓ: sí, conocí a su compañera, la señora María Yolanda, su esposa. PREGUNTADO: usted conoció a la señora Yolanda en la misma casa donde estaba viviendo Nereida y el señor Martín CONTESTÓ: sí doctora, si la conocí. PREGUNTADO: la señora Yolanda vivía ahí o frecuentaba la casa, explique por favor esa situación. CONTESTÓ: la señora María Yolanda vivía ahí con el señor Martín y la señora Nereida Rojas; los tres con sus tres hijos. PREGUNTADO: usted conocía si la señora Nereida dependía económicamente del señor Luis Fernando Martín CONTESTÓ: la señora nereida si dependía de él, y me consta porque hace más de 25 años vendo mercancía, y me acuerdo que ella me decía que no me podía pagar en esta quincena hasta que le paguen a Martín. PREGUNTADO: es de su conocimiento si la señora nereida le brindó cuidados en sus últimos años de vida al señor Martín. CONTESTÓ: la señora nereida le brindó mucho cuidado al señor Martín, desde que ese señor cayó en cama hasta su último día antes de morir. PREGUNTADO: conoce usted cual era la enfermedad del señor Martín CONTESTÓ: murió de cáncer.*

<sup>9</sup> CD folio 257





13-001-33-33-005-2015-00175-01

(...)PREGUNTADO: usted dice que el señor Martin Villate convivía simultáneamente con su esposa y con la demandante, como se puede esclarecer quién cuidó de él en los últimos 5 años. Como le consta a usted el cuidado de parte de la señora Nereida. CONTESTÓ: si me consta, porque la señora Yolanda siempre padecía con muchos dolores de cabeza. Esa señora siempre estuvo enferma, y tengo entendido que la señora Nereida era más joven. PREGUNTADO: el señor Martin muere en 2006 y la señora Yolanda muere en 2007, que pasó con la señora Nereida después de la muerte de ellos CONTESTÓ: hasta donde yo tengo entendido Nereida trabajaba en un edificio; después que Martin murió ella se consiguió un trabajito de medio tiempo y trabajaba haciendo aseos en un apartamento en Castillo Grande. En sus últimos años ella se sostuvo con eso, y también, me acuerdo que le dieron de la repartición de herencia, de la venta de la casa.

- Testimonio de ANA LEONOR PORTO MACÍAS (MIN: 14:30)<sup>10</sup>:

PREGUNTADO: que conocimiento tiene usted de la relación que tenían la señora Nereida Rojas y el señor Martin Villate. CONTESTÓ: yo lo conozco a él desde que yo vivía ahí, porque yo vivía ahí arrendada en un apartamento, y yo lo conocí a él, desde el 2000. (...) PREGUNTADO: con quien vivía el señor Luis Fernando Martin Villate CONTESTÓ: el señor Martin Villate vivía en la casa con la señora Yolanda, era el esposo, y tenían un hijo. PREGUNTADO: con quien más vivía el señor Martin CONTESTÓ: el señor Martin vivía también con la señora Nereida, las dos vivían ahí; la señora Nereida, la señora Yolanda y el señor Martin. PREGUNTADO: quienes más vivían ahí. CONTESTÓ: el hijo del señor Martin y la señora Yolanda. PREGUNTADO: como se llama el hijo del señor Martin con Yolanda CONTESTÓ: se llama Luis Fernando Martin PREGUNTADO: en calidad de qué estaba viviendo ahí la señora Nereida Rojas Pazo, era arrendataria, o empleada; manifieste en qué condición vivía ella allí. CONTESTÓ: la señora Yolanda era la esposa del señor Martin, y la señora Nereida era empleada de ahí de la casa del señor Martin con la señora Yolanda. Ella vivía ahí en la casa, siempre la conocí viviendo ahí. PREGUNTADO: el trato que tenía la señora Yolanda y el señor Luis Fernando Martin Villate con la señora Nereida era de patrono – trabajadora CONTESTÓ: eran patronos de ella, y se llevaban bien con la señora Nereida. PREGUNTADO: con quien convivía el señor Martin CONTESTÓ: el señor Luis Fernando convivía con la señora Yolanda y la señora Nereida. PREGUNTADO: cuando la juez le preguntaba, en qué calidad vivía el señor Martin con la señora Nereida, quería saber qué relación tenía ella con el señor Luis Fernando, si era laboral o tenía una relación amorosa CONTESTÓ: bueno, tenía una relación laboral. PREGUNTADO: la señora Nereida dependía económicamente del señor Martin. CONTESTÓ: Sí, dependía económicamente de él, porque yo vendo sandalia y ella me decía, "hasta que Martin le paguen que él me dé la plata yo le pago señora Ana" PREGUNTADO: como así, que la señora Nereida era empleada del señor Villate y además dependía económicamente de él CONTESTÓ: porque ella vivía con él ahí, como su compañera también, como la señora Yolanda, eran todas dos con el señor Martin. PREGUNTADO: porque usted puede asegurar eso, de que eran compañeros. CONTESTÓ: porque yo a

<sup>10</sup> CD folio 257





13-001-33-33-005-2015-00175-01

veces me daba cuenta que tenían una relación. PREGUNTADO: usted indicó que llegó en el año 2000 a esa casa, y él muere en el 2006. Sabe si la señora Nereida le brindó algún cuidado cuando el señor estaba para fallecer. CONTESTÓ: la señora nereida sí, ella se quedaba en la clínica yo me daba cuenta que le llevaba su comida, pendiente de él; mejor dicho, yo le decía, señora Nereida tenga fe en Dios que él va a salir de esto, y ella me decía hay si señora Ana; y yo la veía que sí se esmeraba mucho con él; porque ella me decía cuando iba al hospital, me convidaba, le llevaba su comida, su jugo, todo. PREGUNTADO: usted tuvo conocimiento, si la señora Nereida Rojas con el señor Martín tuvieron algún hijo. CONTESTÓ: claro se llama Jorge Iván Martín Rojas.

- JORGE LUIS BAEZ PASSOS (MIN: 53:05)<sup>11</sup>:

PREGUNTADO: Donde reside CONTESTÓ: en el barrio Blas de lezo manzana 1 lote 9, tercera etapa. PREGUNTADO: porqué conoce a la señora Nereida CONTESTÓ: porque somos primos lejanos y vivimos en el mismo barrio. PREGUNTADO: la señora Nereida era casada, soltera, tenía hijos CONTESTÓ: la señora nereida la única relación que le conocí fue con el señor Luis Fernando Martín; y el hijo que le conocí fue Jorge Iván Martín. PREGUNTADO: defina si la relación era de cariño era de noviazgo o más otra relación. CONTESTÓ: convivían como pareja. PREGUNTADO: en donde vivían ellos como pareja. CONTESTÓ: en el barrio Blas de lezo. En la misma cuadra, como a tres casas. PREGUNTADO: como estaba constituida la familia del señor Luis Fernando Martín CONTESTÓ: había un hijo; la relación era: el señor Martín, la señora Yolanda y Nereida. Había un hijo que era Luis Fernando Martín y después Jorge Iván. Todos ellos vivían en la misma casa, la relación de ellos era como pareja, todo. (...)PREGUNTADO: que actividad económica tenía la señora Nereida CONTESTÓ: ella entró a esa casa como empleada del señor Martín y la señora Yolanda PREGUNTADO: desde cuando ella se transformó en compañera del señor Luis Fernando CONTESTÓ: pues me imagino desde el tiempo que ella fue una muchacha más adulta, porque después ya convivían los tres. PREGUNTADO: cuanto tiempo duró esa relación de los 3, el señor Martín, la señora Yolanda y la señora Nereida CONTESTÓ: toda la vida, hasta que el señor falleció, la tenía como pareja. PREGUNTADO: después de la muerte del señor Luis Fernando qué paso con la señora Nereida CONTESTÓ: al poco tiempo que murió el señor (2006), se murió la señora, a principios del otro año 2007. Las señoras siguieron viviendo ellas dos en la casa, solas sin ningún problema. PREGUNTADO: como sobrevivió la señora Nereida CONTESTÓ: yo me imagino que la señora Yolanda la ayudó mucho, porque como llegó a ser esposa del señor Martín y ellas no tenían ningún problema en ese aspecto. PREGUNTADO: pero la señora nereida no trabajó, solo se quedó en la casa, no ejerció otra actividad económica CONTESTÓ: después si ella tuvo un trabajo, ellas atendían un apartamento en Castillo Grande. PREGUNTADO: es de su conocimiento si la señora Nereida le brindó algunos cuidados al señor Martín durante la enfermedad CONTESTÓ: sí claro, se dividían el tiempo entre la señora Yolanda y ella; es más el día en que se murió el señor Martín era Nereida quien lo estaba cuidando, yo fui en la tarde a visitarlo al Hospital Naval y quien estaba era Nereida y el señor Martín se murió como tipo 10 o 10:30 de la noche. PREGUNTADO: hagamos una síntesis como fue toda

<sup>11</sup> CD folio 257



13-001-33-33-005-2015-00175-01

*la historia de la relación de ellos, desde el principio hasta el fin CONTESTÓ: para nadie fue oculto la relación que tenía el señor con las dos esposas, eso todo el mundo lo sabía; es más, cuando la señora Nereida quedó embarazada todo el mundo sabía que era hijo del señor Martin. Pero no fue algo que lo tomaron mal, la verdad es que las dos señoras se llevaban muy bien, en ningún momento vi que hubo problemas, por lo que había sucedido. Él tomó a las dos señoras como sus esposas. PREGUNTADO: como fue esa transición del cambio de la señora Nereida, de empleada doméstica a compañera del señor Martin CONTESTÓ: la señora es familiar lejano de mi mama, del Banco Magdalena. Y algún pariente la trajo y la llevó a mi casa. Estando en mi casa, la llevaron a la casa del señor Martin, aun niña, como empleada del servicio, como desde los 10 años, todo el tiempo estuvo en la casa del señor Martin hasta el tiempo que fue su esposa. PREGUNTADO: que paso con la pensión del señor Martin cuando la señora Yolanda Falleció CONTESTÓ: Nereida se fue a vivir a la casa de mi mama, que está en la misma cuadra, y busca una abogada para ver si es posible que la pensión le quede a ella.*

### **7.7.2. Análisis crítico de las pruebas frente al marco normativo y jurisprudencial expuesto**

Encuentra la Sala, que la señora NEREIDA ROJAS PAZO demandó la nulidad de los actos administrativos que le reconocieron la pensión sustitutiva del señor LUIS FERNANDO MARTIN VILLATE, a su esposa, la señora MARÍA YOLANDA AVELLA; y que le negaron a ella, en calidad de compañera permanente, dicho beneficio.

En efecto, se tiene por demostrado en el proceso que el señor LUIS FERNANDO MARTIN VILLATE, gozaba de una asignación de retiro reconocida por medio de Resolución 481 del 26 de julio de 1968 (fl. 151). Y que a su muerte, 19 de agosto de 2006, la misma pasó a manos de su esposa la señora MARÍA YOLANDA AVELLA, conforme Resolución 3177 del 4 de octubre de 2006 (fl. 43-44).

En su momento, para efectos de obtener el reconocimiento debido, la señora AVELLA DE MARTIN aportó al expediente administrativo pensional las declaraciones extrajuicio de la señora NELBA ROSA ROMERO GARCÍA y de la misma señora NEREIDA ROJAS PAZO, quienes manifestaron, ante un notario, y bajo la gravedad de juramento, que la MARÍA YOLANDA AVELLA era la esposa del causante de la pensión, tenía 44 años de convivir con él, dependía económicamente de él y era la única con derecho a reclamar la sustitución pensional (fl. 111-112 rev).





La pensión anterior, estuvo vigente hasta el 10 de abril de 2007, como quiera que la señora MARÍA YOLANDA AVELLA falleció en esa fecha y con ella se extinguió el derecho pensional, según consta en la Resolución 0899 del 16 de abril de 2008 (fl. 127).

Ahora bien, de la relación que sostuvo la señora NEREIDA ROJAS PAZO con el señor LUIS FERNANDO MARTIN VILLATE se conoce que el 28 de diciembre de 1979, nació un hijo llamado JORGE IVÁN MARTIN ROJAS, y que, para la muerte de su padre, contaba con 26 años de edad.

De igual forma, de las pruebas testimoniales traídas al proceso, se extrae el hecho de que el señor LUIS FERNANDO MARTIN VILLATE convivía con 2 "compañeras sentimentales" al mismo tiempo, durante más de 20 años, relación ésta que se era consentida por las implicadas, quienes vivían en la misma casa, una de ellas en calidad de esposa, la señora MARÍA YOLANDA AVELLA, y la otra en calidad de compañera permanente, que era la señora NEREIDA ROJAS PAZO. De lo anterior se concluye, que el señor LUIS FERNANDO MARTIN VILLATE nunca dejó de convivir con su esposa, cuando inició su relación con la señora ROJAS PAZO, quien, en principio, llegó al hogar matrimonial para trabajar como empleada del servicio, a la edad de 10 años aproximadamente, y luego pasó a ser compañera sentimental del causante, llegando a tener incluso, un hijo. Se expone también, que dicha relación era de público conocimiento para los vecinos y la arrendataria del señor MARTIN VILLATE; y que las dos compañeras sentimentales se esmeraron en el cuidado del señor LUIS FERNANDO MARTIN VILLATE durante el tiempo que éste duró enfermo, hasta su fallecimiento.

Se advierte también, un documento privado, suscrito por los señores LUIS FERNANDO MARTIN ABELLA, JORGE IVAN MARTIN ROJAS, MARÍA C. MARTIN ALMEIDA (quienes afirman ser hijos del señor LUIS FERNANDO MARTIN VILLATE), y la señora NEREIDA ROJAS PAZO, los primeros reconocen a la segunda como compañera permanente del señor MARTIN VILLATE, y "heredera" del mismo, por lo que le asignan un porcentaje del valor de la venta de la casa donde éste residía (fl. 18-19), tal documento tiene constancia de autenticación del abril de 2008. Ahora, si bien es cierto que las personas participantes en dicho acuerdo no vinieron al proceso a declarar sobre las circunstancias en las cuales se le pudo dar cumplimiento al mismo, lo cierto es que la testigo VANESA PATRICIA GIRADO hace referencia a dicha distribución cuando afirma que la señora NEREIDA ROJAS, pudo sobrevivir luego de la muerte del





13-001-33-33-005-2015-00175-01

señor Martín y la señora Yolanda, con lo que recibió de la herencia por la venta de la casa donde vivía con el señor Martín<sup>12</sup>. Ahora bien, en el mismo no se exponen las condiciones en las cuales la señora Yolanda Rojas fue compañera permanente del señor Martín Villate, pues no se sabe si ésta convivió con él hasta el su fallecimiento, y si dependía económicamente de él; además, dicho documento tiene el carácter de ser privado, que contiene un acuerdo entre terceros frente a un inmueble, lo cual no tiene nada que ver con este asunto y por lo tanto no tiene un valor relevante para el asunto en discusión.

Por otra parte, en el proceso se encuentran otras pruebas que ponen en duda el derecho que pudiera tener la señora NEREIDA ROJAS sobre la pensión del señor MARTIN VILLATE, toda vez que en el proceso administrativo se encuentra la declaración extrajuicio rendida por la misma demandante, el 23 de agosto de 2006, en la que ésta asegura que vive en el barrio Blas de Lezo Mz 1 Lt 9 de la tercera etapa; que conoce a la señora YOLANDA AVELLA DE MARTIN quien estaba unida en matrimonio con el señor LUIS FERNANDO MARTIN VILLATE, que la primera dependía económicamente del segundo y que convivieron durante 44 años; además expuso, que procrearon 1 hijo; que además existen 2 hijos extramatrimoniales más; todos ellos mayores de edad. Así mismo afirmó, que no existía otra persona con mejor derecho para reclamar la pensión del causante (fl. 112 rev.).

Tal declaración extrajuicio es corroborada también por el extrajuicio rendido por la señora **NELBA ROSA ROMERO GARCÍA**, realizado en la misma fecha el cual, parece una fotocopia de la declaración de la señora NEREIDA ROJAS, como quiera que cuenta con las mismas afirmaciones y errores ortográficos.

En el proceso, concretamente en el Oficio CREMIL 50791 del 26 de septiembre de 2008(fl. 9), se advierte que la señora ROJAS PAZO, elevó una petición de sustitución pensional a CREMIL, y que a la entidad se allegó, entre otras, una declaración extrajuicio de la señora **NELBA ROSA ROMERO GARCÍA**, en la cual se manifiesta que la interesada convivió con el señor LUIS FERNANDO MARTIN VILLATE durante 44 años, como compañera permanente, hasta el momento de su muerte (fl. 134-135).

<sup>12</sup> CD folio 257 Min: 14:30.



Es decir, la misma declarante afirma, el **23 de agosto de 2006**, que la señora YOLANDA AVELLA DE MARTIN es la esposa del causante de la pensión y es la única dependiente del mismo, por lo que no existe otra persona con mejor derecho que ella (para reclamar la pensión); y posteriormente, en otro extrajuicio del **4 de junio de 2008**, afirma que la señora NEREIDA ROJAS era la compañera permanente del señor Martin Villate y que ésta dependía económicamente de él (fl. 134-135).

Otro aspecto que la Juez de primera instancia resaltó, fue el hecho de que la dirección dada en la declaración extrajuicio rendida por la señora ROJAS PAZO, el 23 de agosto de 2006 (5 días después de la muerte del señor LUIS FERNANDO MARTIN VILLATE), no era la dirección del causante, barrio Blas de Lezo Mz 1 Lt 12 etapa 3 (fl. 102); lo anterior, teniendo en cuenta que los declarantes afirmaron que la accionante vivió en el hogar del matrimonio Martin Avella incluso hasta la muerte de la señora YOLANDA AVELLA. Por el contrario, la dirección dada por la señora NEREIDA ROJAS en su declaración, sí coincide con la dirección dada en esta demanda: barrio Blas de Lezo Mz 1 Lt 9; la cual, además concuerda con la dirección de los testigos VANESA PATRICIA GIRADO y JORGE LUIS BAEZ PASSOS, quienes manifestaron ser familiares lejanos de la peticionaria.

Por otra parte, llama la atención de esta Corporación, el hecho de que la señora ROJAS PAZO, no hubiera intentado obtener la pensión de sobreviviente del señor FERNANDO MARTIN VILLATE, en el momento de su muerte, tal como lo hizo la esposa, sino que, esperó hasta 1 año después de la muerte de la señora YOLANDA AVELLA, para elevar su reclamación.

Sumado lo anterior, se desconoce si efectivamente los cuidados dados por parte de la señora NEREIDA ROJAS PAZO, al señor FERNANDO MARTIN VILLATE en realidad correspondían a los propios de una relación marital de hecho o si por el contrario se daban en cumplimiento de sus deberes como empleada; lo mismo sucede con el dinero que ésta recibía de parte del señor FERNANDO MARTIN VILLATE para su manutención, pues los testigos suponen que éste era entregado por concepto de la relación amorosa que sostenía con el causante, pero lo cierto es que la señora ANA LEONOR PORTO MACÍAS sostuvo que la relación que se seguía manteniendo entre el matrimonio y la actora era de patrono – empleado, y que se llevaban muy bien.



Teniendo en cuenta lo anterior, considera esta Corporación que en el presente asunto no existe la suficiente certeza sobre la veracidad de los hechos que se alegan en la demanda, pues las pruebas traídas al proceso son contradictorias, incluso con las mismas declaraciones de la accionante, lo que genera dudas en el fallador que impide que se le pueda reconocer el derecho a la señora NEREIDA ROJAS PAZO.

Debe resaltarse también, que en el recurso de apelación el apoderado de la actora justifica tales situaciones (la declaración y la controversia frente a la dirección) como un error de la accionante; argumento que no encuentra fundamento en ninguna prueba traída al proceso, por lo que no puede ser acogido.

De igual forma se expone, en el escrito de impugnación, que la señora NEREIDA ROJAS, declaró en favor de la señora YOLANDA AVELLA, por un acuerdo suscitado entre ellas, para efectos de no perjudicar a ésta última; hecho éste que no tiene soporte probatorio en el proceso, y que además resulta reprochable para la Sala, toda vez que las partes, por medio de convenios privados no pueden superponerse a la ley, que es la que indica a quien le corresponde el derecho a la sustitución pensional.

### **7.8 conclusión**

En mérito de lo expuesto, este Tribunal confirmará la sentencia de primera instancia toda vez que la señora NEREIDA ROJAS PAZO no logró demostrar los supuesto de hecho y de derecho necesarios para ser beneficiaria de la sustitución pensional del señor LUIS FERNANDO MARTIN VILLATE, como es la convivencia durante los últimos 5 años de vida del causante y la dependencia económica.

### **VII.- COSTAS -**

Conforme con lo estipulado en el art. 188 del CPACA, y los art. 365 y 366 del CGP., esta Corporación condenará en costas a la parte recurrente, en esta instancia.





**VIII.- DECISIÓN**

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

**FALLA**

**PRIMERO. CONFIRMAR** la sentencia de fecha 29 de noviembre de 2017, proferida por el Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Cartagena, que negó las pretensiones de la demanda.

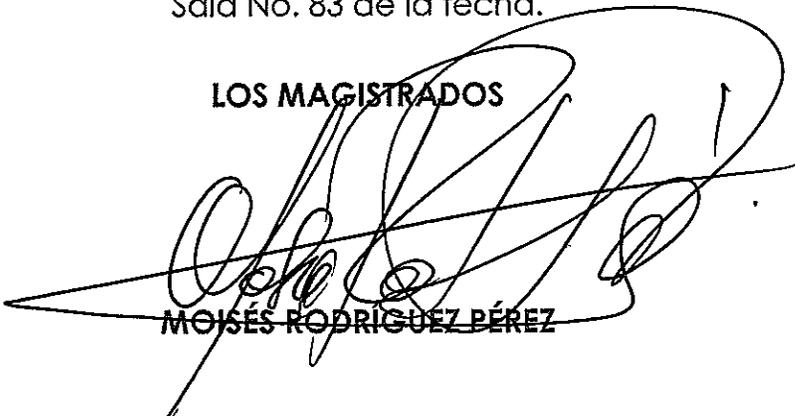
**SEGUNDO: CONDENAR EN COSTAS** a la parte vencida, conforme a lo establecido en los artículos 188 del CPACA y del 365 -366 del CGP, en esta instancia.

**TERCERO:** Ejecutoriada esta providencia, **REMITIR** el expediente al Juzgado de origen, para los efectos legales a que haya lugar.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

Constancia: El proyecto de esta providencia fue estudiado y aprobado en Sala No. 83 de la fecha.

**LOS MAGISTRADOS**

  
**MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ**

  
**EDGAR ALEXI VÁSQUEZ CONTRERAS**

  
**CLAUDIA PATRICIA PEÑUELA ARCE**

10

○

⌋

10

---

---