**SUSTITUCIÓN DE LA ASIGNACIÓN DE RETIRO – Concurrencia entre cónyuge y compañera permanente supérstites / SUSTITUCIÓN DE LA ASIGNACIÓN DE RETIRO – Disputa entre compañera permanente y cónyuge supérstite, separada de hecho, pero con sociedad conyugal no liquidada / SUSTITUCIÓN DE LA ASIGNACIÓN DE RETIRO - La cónyuge supérstite, con quien no se ha liquidado la sociedad conyugal, incluso existiendo separación de hecho, tiene derecho al reconocimiento de la sustitución de la asignación de retiro, bien sea de forma total o parcial, para lo cual se deberá establecer si existe otro beneficiario.**

De acuerdo a lo expuesto, se establece que conforme al Decreto 1213 de 1990, la legitimación para sustituir la asignación de retiro se encuentra en cabeza de la cónyuge supérstite. No obstante, el Consejo de Estado ha decantado que la aplicación e interpretación de dicha norma, se debe realizar en concordancia con lo previsto en la Constitución de 1991, teniendo en cuenta que con su expedición se estableció la igualdad jurídica y social para la familia constituida por vínculos naturales. En conclusión, no hay duda sobre la tendencia en el derecho colombiano al reconocimiento pleno de los derechos de los compañeros permanentes en materia de derechos prestacionales, concretamente en lo que corresponde a la legitimación para el derecho a la sustitución pensional, pues, se insiste, de conformidad con los artículos 13, 42 y 48 de la Constitución Política, los derechos a la seguridad social comprenden de la misma manera tanto al cónyuge como al compañero o compañera permanente. En la sentencia C-336 de 2014, la Corte Constitucional analizó la diferenciación entre el matrimonio y la unión marital de hecho para efectos pensionales. (…) Sobre el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, la Corte Constitucional, en sentencia T-15 de 2017, sostuvo «[…] que las disputas que puedan presentarse entre el cónyuge y el compañero o la compañera permanente supérstite en torno al derecho a la sustitución pensional o a la pensión de sobrevivientes pueden ocurrir, o bien porque este convivió simultáneamente con su cónyuge y su compañera o compañero permanente, o bien porque, al momento de su muerte, tenía un compañero permanente y una sociedad conyugal anterior que no fue disuelta, o un compañero o compañera permanente y una unión conyugal vigente, con separación de hecho. En este último evento, no hace falta que el cónyuge supérstite demuestre que convivió con el causante durante los últimos cinco años de su vida, sino, solamente, que convivió con él o ella más de cinco años en cualquier tiempo». Por su parte, la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL-1399 de 25 de abril de 2018, precisó: (…) Al respecto, la Sección Segunda del Consejo de Estado, en sentencia de 28 de junio de 2018, concluyó que «[…] ante la vigencia de la sociedad conyugal, aunque no exista convivencia al momento del fallecimiento del causante, por este hecho no se pierde el derecho a la pensión de sobrevivientes». Con posterioridad, el 28 de enero de 2021 precisó que «[…] los 5 años de convivencia singular de la cónyuge con el finado puede[n] ocurrir en cualquier tiempo, y tendrá derecho a la pensión de sobrevivientes, siempre que mantenga vigente el vínculo conyugal, aun separada de hecho o de cuerpos, o de tener disuelta o liquidada la sociedad conyugal, es decir, que no es necesario acreditarla durante los últimos 5 años a la muerte del causante». Teniendo en cuenta la jurisprudencia en cita, se puede concluir que, la cónyuge supérstite, con quien no se ha liquidado la sociedad conyugal, incluso existiendo separación de hecho, tiene derecho al reconocimiento de la sustitución de la asignación de retiro, bien sea de forma total o parcial, para lo cual se deberá establecer si existe otro beneficiario.

**SUSTITUCIÓN DE LA ASIGNACIÓN DE RETIRO - Reconocimiento a la compañera permanente y a la cónyuge supérstite, separada de hecho, pero con sociedad conyugal no liquidada, en un 50% para cada una.**

En el presente caso, se discute el derecho de las señoras Mariela Leonor Echeverría Silva, en calidad de cónyuge supérstite del Agente ® Filemón Rojas Barrera y Gloria Esperanza Cusba Cusba, en su condición de compañera permanente, a quien la entidad demandada mediante Resolución 5580 del 18 de agosto de 1998, le reconoció el derecho a la sustitución de la asignación de retiro, al establecer que era la única persona con la que el causante había hecho vida en común a la fecha del deceso. La juez de instancia accedió a las pretensiones de la demanda, al considerar que la demandante, señora Mariela Leonor Echeverría Silva, ostenta el derecho a la sustitución del 50% de la asignación de retiro, dada la existencia de una sociedad conyugal no disuelta con el causante, y el otro 50% corresponde a la Gloria Esperanza Cusba Cusba, al haber acreditado una convivencia superior a los 2 años. Inconforme con esta decisión, la demandada Gloria Esperanza Cusba Cusba interpuso recurso de apelación, alegandoque acreditó una convivencia con el señor Filemón Rojas Barrera de 6 años anteriores al fallecimiento y que, por su parte, la demandante, no probó convivencia inmediatamente anterior a la muerte. (…) En síntesis, se advierte de las pruebas allegadas al proceso que la demandante y el fallecido señor Rojas Barrera contrajeron matrimonio el 05 de mayo de 1977 y, pese a que se separaron de hecho en el año de 1.994, conservaron su vínculo conyugal hasta el día del fallecimiento de aquel, ocurrido el 18 de noviembre de 1997, de modo que tal y como lo resolvió la *a quo,* la actora colma el presupuesto jurisprudencial necesario para que se le otorgue la sustitución pensional que reclama, por haber demostrado la convivencia con el causante por un lapso superior a 5 años en cualquier tiempo. En conclusión, el acervo probatorio analizado permite llevar al convencimiento a esta Sala de la existencia de convivencia bajo el mismo techo y lecho de la referida pareja, durante un término no menor a dos (2) años previos al fallecimiento, en los términos del artículo 47 original de la Ley 100 de 1993; circunstancias que demuestran que la señora Gloria Cusba**,** acreditó igualmente los requisitos exigidos para ser beneficiaria de la sustitución pensional. (…) De acuerdo a lo expuesto, esta Corporación comparte el criterio del fallo de primera instancia, en el sentido de concluir que, tanto la cónyuge como la compañera permanente reúnen los requisitos para ser beneficiarias de la sustitución de la asignación de retiro del señor Filemón Rojas Barrera.

**NOTA DE RELATORÍA:** La providencia que se presenta al público ha sido modificada solo para incluir sus anteriores descriptores y restrictores, mas no para variar su contenido. Por lo anterior, el código de seguridad del mismo no corresponde al de la original. No obstante, puede ocurrir que en la conversión del documento PDF a Word puede quedar con algunas imperfecciones en el texto. Para validar la integridad de la providencia los interesados pueden consultarla y descargarla a través de la plataforma SAMAI siguiendo este link:

|  |
| --- |
| <https://samai.azurewebsites.net/Vistas/Casos/list_procesos.aspx?guid=150013333009201800056011500123> |



**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ**

**SALA DE DECISIÓN NO. 3**

**MAGISTRADO PONENTE: DAYÁN ALBERTO BLANCO LEGUÍZAMO**

Tunja, ocho (8) de septiembre de dos mil veintidós (2022)

|  |  |
| --- | --- |
| **Radicación:** | 15001-3333-009-2018-00056-01 |
| **Medio de control:** | Nulidad y restablecimiento del derecho |
| **Demandante:** | Mariela Leonor Echeverria Silva |
| **Demandado:** | Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional– CASUR – y Gloria Esperanza Cusba Cusba |
| **Asunto:** | Sentencia de segunda instancia |

1. Verificada la inexistencia de irregularidades que invaliden la actuación, la Sala procede a resolver el recurso de apelación formulado por la parte demandada CASUR y **Gloria Esperanza Cusba Cusba**[[1]](#footnote-1), contra la sentencia proferida el 06 de diciembre de 2019 por el Juzgado Noveno Administrativo del Circuito de Tunja, mediante la cual, se accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda[[2]](#footnote-2).

1. La Sala es competente para proferir esta providencia a la luz de lo dispuesto en los artículos 153 y 157 de la Ley 1437 de 2011, porque en ella se resuelve el recurso de apelación interpuesto contra una sentencia dictada por un juzgado que conoció el proceso en primera instancia en razón a la cuantía estimada en la demanda.

**I. ANTECEDENTES**

# 1. La demanda[[3]](#footnote-3)

## 1.1. Las pretensiones

1. En ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, la señora Mariela Leonor Echeverria Silva presentó demanda en contra de la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional– CASUR – y la señora Gloria Esperanza Cusba Cusba, con el fin de que se declare la nulidad de: *(i)* los artículos 1 y 2 de la Resolución 5580 de 18 de agosto de 1998; *(ii)* el acto administrativo ficto por medio del cual se extinguió la prestación económica a la señora Nancy Dirley Rojas Echeverria; *(iii)* artículo 1º de la Resolución 3117 de 29 de abril de 2013, por medio de la cual se acrecentó la prestación en un 100% a la señora Gloria Esperanza Cusba Cusba; y, *(iv)* el oficio No. SDP 2016000719-CASUR id: 176414 de 07 de octubre de 2016, mediante la cual se negó el reconocimiento de la sustitución pensional.

1. A título de restablecimiento del derecho solicitó, se declare que la señora **María del Carmen Echeverria Silva,** tiene derecho a que se reconozca y pague la asignación de retiro que devengaba en vida el agente de la Policía Nacional Filemón Rojas Barrera, en su condición de cónyuge supérstite, efectiva desde el 19 de noviembre de 1997.

1. Así mismo, solicitó que se ordene el ajuste de la asignación de retiro y prestaciones que resulten a favor de la parte actora de conformidad con el artículo 187 de la Ley 1437 de 2011; **que se dé cumplimiento a la sentencia, tal y como lo disponen los artículos 192 y 195 ibídem; y se condene en costas a las demandadas.**

## 1.2. Hechos

6. Los hechos en que se fundamenta la demanda son, en síntesis, los siguientes:

* El señor Filemón Rojas Barrera, ingresó a la Policía Nacional en el año 1974, en calidad de Agente.

* El señor Filemón Rojas Barrera y la señora Mariela Leonor Echeverria Silva contrajeron matrimonio por el rito católico el 05 de mayo de 1977, de cuya unión nació Nancy Dirley Rojas Echeverria.

* Años después, el **señor Filemón Rojas Barrera,** comenzó a demostrar gusto por las mujeres jóvenes y asumió comportamientos de infidelidad, al punto que el 21 de abril de 1988, nació la hija extramatrimonial Luz Dary Rojas Guevara.

* El 03 de marzo de 1995, el señor Rojas Barrera se retiró del servicio, al habérsele reconocido asignación de retiro.

* En el último trimestre del año 1995, se rompió definitivamente la relación de pareja conformada por Filemón Rojas Barrera y Mariela Leonor Echeverria, sin embargo, continuó incólume el vínculo matrimonial y la sociedad conyugal, existiendo dependencia económica de la cónyuge y su hija.

* El señor Filemón **Rojas Barrera, falleció en la ciudad de Tunja el 18 de noviembre de 1997 y fue su legítima esposa quien realizó los tramites del sepelio.**

* Adujo que la demandante en condición de cónyuge supérstite y por otro lado la señora Cusba Cusba, como compañera permanente, solicitaron sustitución de la asignación de retiro.

* La demandante para ese momento presentaba quebrantos de salud que afectaban su raciocinio, por lo que tan solo unos meses después se enteró que no tenía derecho a la sustitución y solamente le habían reconocido un porcentaje a su menor hija, el cual fue extinguido posteriormente, sin conocer las razones de ello.

* El 19 de septiembre de 2016, la demandante solicitó nuevamente la sustitución de la asignación de retiro.

## 1.3. Normas violadas

1. Invocó como normas violadas las previstas en los artículos 6, 42, 48 y 53 de la Constitución; artículo 4 de la Ley 54 de 1990; Decreto 1213 de 1990; artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003; artículo 3 de la Ley 923 de 2004 y artículo 2 de la Ley 979 de 2005.

1. Al efecto indicó que, por causa de la infidelidad a finales de 1995 se rompió la relación entre el causante y su esposa, sin embargo, no se disolvió ni liquidó el matrimonio, por lo que la compañera permanente no tiene derecho a reclamar bienes por el tiempo de convivencia, pero si puede compartir con la esposa la pensión. Aclaró que la unión marital de hecho debe estar declarado por un juez de Familia, o al menos estar registrada como beneficiaria de seguridad social.

1. Indicó que la Ley 100 de 1993, al regular la pensión de sobrevivientes, colocó en un plano de igualdad las instituciones del matrimonio y la unión marital de hecho, para lo cual, en el último caso, debe acreditarse mínimo dos (2) años de convivencia, término que fue modificado por la Ley 797 de 2003.

1. A su vez refirió que, la Ley 923 de 2004, estableció que en casos de convivencia simultanea entre cónyuge con sociedad no disuelta y compañera, las dos tendrán derecho si cumplen con los presupuestos de Ley y en forma proporcional al tiempo de convivencia.

1. Agregó que CASUR, no tuvo en cuenta la sentencia proferida por el Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez, radicado 25000-23-42000-2013-04442-01, de 15 de septiembre de 2016, en la cual se indicó que la cónyuge separada de hecho, con sociedad conyugal vigente, tiene derecho a la sustitución pensional.

# 2. Contestación de la demanda

## 2.1. Gloria Esperanza Cusba Cusba[[4]](#footnote-4)

1. La accionada se opuso a las pretensiones de la demanda, señalando que los actos administrativos demandados se expidieron en cumplimiento de los requisitos legales, pues fue la señora Gloria Esperanza Cusba quien acreditó ante CASUR, una convivencia afectiva con el causante desde el año 1992 y hasta la fecha de fallecimiento.
2. Sostuvo que la señora Mariela Echevarria abandonó a su cónyuge y se fue con rumbo desconocido, razón por la cual, al momento de retiro del servicio, el señor Rojas Barrera ya no convivía con la demandante, sin que se encuentre acreditado que la separación tuvo como causa las continuas infidelidades del causante, sino que, por el contrario, tal circunstancia ocurrió por la falta de comprensión. Agregó que él no continuó asumiendo los gastos de su cónyuge, no obstante, le descontaban por órdenes del Juzgado Cuarto Civil de Menores (Sic), cuota de alimentos para su hija.

1. Indicó que, fue su compañera Gloria Esperanza Cusba quien acompañó desde el año 1992 al señor Rojas Barrera, habiéndolo acompañado en el año 1995, a su tratamiento médico en el Hospital de la Policía, hasta el momento del fallecimiento, por lo que fue ella quien lo traslado, junto con sus hermanos a la sala de velación y realizó todos los tramites del sepelio.

**2.2. Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional– CASUR–:** La entidad demandada guardo silencio dentro del término procesal otorgado.

# 3. Sentencia apelada[[5]](#footnote-5)

15. El Juzgado Noveno Administrativo del Circuito de Tunja, en sentencia proferida el 06 de diciembre de 2019, resolvió:

**“PRIMERO**: **DECLARAR** la nulidad parcial de la Resolución No. 5580 del 18 de agosto de 1998, por la cual se reconoció sustitución de asignación mensual de retiro, se dejó pendiente y se negó cuota de la misma prestación, Resolución No. 3117 de 29 de abril de 2013, por la cual se extingue y acrece cuota de sustitución de asignación mensual de retiro y la nulidad del oficio SDP-2016000719 de fecha 07 de octubre de 2016, por medio del cual se negó la sustitución de la asignación de retiro de la señora Mariela Leonor Echeverria Silva, por lo expuesto en la parte motiva.

**SEGUNDO:** Como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho, **ORDENAR** a laCAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE LA POLICÍA NACIONAL– CASUR –, **a reconocer y pagar la asignación mensual de retiro que devengaba el señor FILEMON ROJAS BARRERA, en un 50% a la señora MARIELA LEONOR ECHEVERRÍA SILVA** en calidad de cónyuge supérstite, y el otro cincuenta por ciento (50%) a la señora GLORIA ESPERANZA CUSBA CUSBA en calidad de compañera permanente del causante, a partir de la fecha de fallecimiento del titular de la prestación, conforme a lo expuesto en la parte motiva.

**TERCERO:** Condenar a la CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE LA POLICÍA NACIONAL– CASUR – a pagar la indexación de las sumas adeudadas a la señora MARIELA LEONOR ECHEVERRÍA SILVA, conforme a lo dispuesto en el inciso final del artículo 187 de la Ley 1437 de 2011 (…).

**CUARTO: DECLARAR** de oficio probada la excepción de prescripción parcial de las mesadas causadas a favor de la señora Mariela Leonor Echeverría Silva con anterioridad al 16 de septiembre de 2012, por lo considerado en esta providencia.

**QUINTO: NEGAR** las demás pretensiones de la demandante, por lo expuesto en la parte motiva.

**SEXTO:** Sin condena en costas”.

1. Indicó que, atendiendo la fecha de fallecimiento del causante, el presente asunto se rige por las disposiciones contenidas en el Decreto 1213 de 1990, por ende, tienen derecho a la sustitución de la asignación de retiro, tanto la esposa con sociedad conyugal anterior no disuelta y la compañera permanente que acredite una comunidad de vida permanente y singular por un lapso no inferior a dos años.

1. Señaló que, está demostrado que contrajo matrimonio con el señor Rojas Barrera en el año 1977 y convivieron por alrededor de 17 años. En tal sentido, consideró la *a quo* que, pese a que la cónyuge tenía más de 3 años de separación de hecho, no perdió su condición de beneficiaria de la sustitución de la asignación, dado que no disolvió la sociedad conyugal, es decir, existió un vínculo jurídico que solo fue disuelto con la muerte del señor Filemón Rojas Barrera.

1. Concluyó que la sustitución de la asignación de retiro debe ser reconocida y pagada a la cónyuge y a la compañera permanente en un 50% para cada una de ellas, por lo que debe disminuirse el porcentaje que viene devengando la señora Gloria Esperanza Cusba, a partir de la ejecutoria de la sentencia, sin que haya lugar a la devolución de suma alguna.

1. Finalmente declaró prescritas las mesadas de la asignación de retiro que le corresponden a la señora Mariela Leonor Echeverria causadas con anterioridad al 16 de septiembre de 2012, según lo dispuesto en el artículo 113 del Decreto 1213 de 1990, dado que tan solo realizó reclamación ante la administración el 16 de septiembre de 2016.

# 4. Recurso de apelación

## 4.1. Demandada/Gloria Esperanza Cusba Cusba[[6]](#footnote-6)

1. Encontrándose dentro del término para ello, la apoderada de la demandada, presentó recurso de apelación contra la decisión proferida por el *a quo,* solicitando se revoque y en su lugar se nieguen las pretensiones de la demanda**.**

1. Señaló que la señora Gloria Esperanza Cusba Cusba acreditó ante la entidad que convivió con el señor Filemón Rojas Barrera durante los 6 años anteriores al fallecimiento.

1. Por otro lado, manifestó que la demandante, en condición de cónyuge no cumplió con el requisito de convivencia. Agregó que en el testimonio de la hija Nancy Dirley, se aprecian serias contradicciones, pues, por una parte, refiere que sus padres no se habían separado y por otro lado señaló que en el año 1994, fueron a visitarlo de sorpresa y se dieron cuenta que estaba con la señora Gloria.

## 4.2. Parte demandante[[7]](#footnote-7)

1. El apoderado judicial de la señora Mariela Echeverria Silva, solicitó se acceda a todas las pretensiones de la demanda, incluso a las referentes a la condena en costas, en atención a que la entidad actúo de mala fe y contario a derecho.

1. En primer lugar hizo referencia a los aspectos probados dentro del proceso, tales como la existencia del vínculo matrimonial entre Filemón Rojas Barrera y la demandante, de cuyo vinculo nació la menor Nancy Dirley; así mismo, que de las constantes infidelidades del causante, nació la hija extramatrimonial Luz Dary Rojas Guevara y además existió una relación extramatrimonial con la señora Cusba Cusba, a quien conoció en el año 1993, iniciando una relación *“única y estable”* a mediados del año 1994, cuando apenas ella tenía 14 años de edad, en el restaurante al que iban a almorzar los Policías, añadió que de dicha relación no existieron hijos. Resaltó que tales circunstancias, dieron origen a la separación entre la demandante y el causante.

1. Indicó que al momento del fallecimiento del señor Rojas Barrera, no se había realizado proceso de divorcio, ni liquidación de la sociedad conyugal. Agregó que el causante siempre dio el sustento económico para ella y su menor hija. Aclaró que la demandante, para la fecha de muerte del causante, se encontraba embarazada, fruto de una nueva relación.

1. Luego, refirió que la relación existente entre Gloria Esperanza Cusba y el causante inició tan solo en el año 1994, cuando la demandante sorprendió a su esposo en una visita intempestiva. Indicó que no existen testigos directos que den cuenta de la existencia de la relación a partir del año 1992. En tal sentido, tan solo se acreditó una convivencia de 3 años y 10 meses, por lo que no reunía los requisitos para ser beneficiaria de la sustitución de asignación de retiro.

1. Señaló que, era de exclusividad de un Juez de Familia declarar la unión marital de hecho conformada entre la señora Cusba Cusba y el señor Rojas Barrera, no obstante, ello no hubiera sido posible, ante la existencia de un impedimento legal, como lo es la existencia de un matrimonio vigente.

1. Sostuvo que la entidad demandada ha actuado de mala fe al mantener la prestación a la señora Cusba Cusba, pese a que no tiene derecho a ello, y desconociendo quien es la verdadera beneficiara de la sustitución, como lo es la demandante.

# 5. Los alegatos de segunda instancia

## 5.1. De la parte demandante[[8]](#footnote-8)

29. El apoderado de la parte demandante presentó alegatos de conclusión, a través de los cuales reiteró los argumentos expuestos en el recurso de apelación.

## 5.2. De la parte demandada/Gloria Cusba Cusba[[9]](#footnote-9)

1. Solicitó negar las pretensiones de la demanda y confirmar el derecho reconocido a la demandada.

1. Indicó que en los testimonios de Alejo Benavides Albarracín y José Inocencio Martínez, se refiere que, si bien conocieron a la demandante y al causante, ello fue cuando vivieron en Cúcuta, pero nada les consta de los últimos años de vida del señor Filemón Rojas, sin que supieran nada de su enfermedad y solamente se enteraron de su muerte años más tarde.

1. Así mismo, la hija del causante, Nancy Dirley Rojas Echeverria, señaló tampoco saber nada de la enfermedad de su padre, además que, en el año 1.994, cuando fueron a visitarlo a Gámeza, lo encontraron con Gloria Cusba y para el momento del fallecimiento, su progenitora se encontraba en estado de embarazo.

1. Manifestó que en la declaración de parte de la señora Cusba, se describe la relación que sostuvo con el causante, desde que se conocieron, hasta la fecha de muerte, pasando por los cuidados en la enfermedad, sin que en ninguna parte aparezca la señora Mariela o Nancy Dirley.

# 6. Concepto del Ministerio Público[[10]](#footnote-10)

1. El Delegado del Ministerio Público, mediante escrito del 17 de noviembre de 2020, indicó que el porcentaje otorgado por la juez de instancia se encuentra ajustado a derecho y a las pruebas que obran en el plenario.

1. Precisó que atendiendo la fecha de fallecimiento del causante (18 de noviembre de 1997), las disposiciones que gobiernan la sustitución son las contenidas en el Decreto 1213 de 1990, sin que resulte aplicable el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003.

36.En tal sentido, tiene derecho a la sustitución de la asignación de retiro, tanto la esposa con sociedad conyugal no disuelta, como la compañera permanente que acreditó una comunidad de vida permanente y singular por un lapso no inferior a dos (2) años, por cuanto el Decreto 1213 de 1990, no exigía el requisito de la convivencia efectiva, sino que su reconocimiento de los vínculos naturales o jurídicos de la familia, en sus distintas formas de configuración.

37. Manifestó que si bien la cónyuge tenía más de tres (3) años de separación de hecho, no perdió su condición de beneficiaria de la sustitución, en los términos del artículo 132 del Decreto 1213 de 1990, dado que no fue disuelta la sociedad conyugal.

**II. CONSIDERACIONES**

# 1. Asunto para resolver y decisión de la sala

1. De acuerdo con los sendos recursos de apelación interpuestos en contra de la decisión de primera instancia, la Sala deberá establecer si

* + ¿La señora Mariela Leonor Echeverría Silva en su condición de cónyuge supérstite del señor Filemón Rojas Barrera (q.e.p.d.), reúne los requisitos necesariospara ser beneficiaria de la sustitución de la asignación de retiro que en vida percibía el causante?

* + Para tal efecto, se deberá establecer si acreditó un mejor derecho que el reconocido a la compañera permanente Gloria Esperanza Cusba Cusba por parte de la entidad demandada en vía administrativa.

* + En caso de prosperar las pretensiones deberá analizarse si algunas de las mesadas pensionales están afectadas por el fenómeno jurídico de la prescripción.

1. Con el objeto de resolver los problemas jurídicos planteados por la Sala, se hará un breve recuento normativo y jurisprudencial sobre el tema objeto de análisis bajo el siguiente entendido:

# 2. El régimen vigente sobre la sustitución de la asignación de retiro para la fecha en que murió el señor Filemón Rojas Barrera

1. En primer lugar, la Sala dirá, que la normatividad que rige el asunto es el **Decreto 1213 de 1990**[[11]](#footnote-11). Al respecto, son los artículos 131 y 132 *ibidem* los que establecen el orden de beneficiarios:

**“Artículo 131. Extinción de pensiones.** A partir de la vigencia del presente Decreto, las pensiones que se otorguen por fallecimiento de un Agente de la Policía Nacional en servicio activo o en goce de asignación de retiro o pensión policial, se extinguirán ~~para~~ ~~el cónyuge si contrae nuevas nupcias o hace vida marital~~ y para los hijos por muerte, ~~matrimonio,~~ independencia económica, o por haber llegado a la edad de veintiún (21) años, salvo los hijos inválidos absolutos cuando hayan dependido económicamente del Agente. La extinción se irá decretando a partir de la fecha del hecho que la motive y por la cuota parte correspondiente.

La porción del cónyuge acrecerá a la de los hijos y la de éstos entre sí, y a la del cónyuge. En los demás casos no habrá derecho a acrecimiento.12

**ARTICULO 132. Orden de beneficiarios.** Las prestaciones sociales por causa de muerte de un Agente de la Policía Nacional en servicio activo o en goce de asignación de retiro o pensión, se pagarán según el siguiente orden preferencial:

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

* 1. Si no hubiere cónyuge sobreviviente la prestación se dividirá por partes iguales entre los hijos.

* 1. Si no hubiere hijos, la prestación se dividirá así: - Cincuenta por ciento (50%) para el cónyuge.

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

* 1. Si no hubiere cónyuge sobreviviente ni hijos, las prestaciones se dividirán entre los padres, así:
  + Si el causante es hijo legítimo llevan toda la prestación los padres.
  + Si el causante es hijo adoptivo la totalidad de la prestación corresponde a los padres adoptantes en igual proporción.
  + Si el causante es hijo extramatrimonial la prestación se dividirá en partes iguales entre los padres.
  + Si el causante es hijo extramatrimonial con adopción, la totalidad de la prestación corresponde a los padres adoptivos en igual proporción.
  + Si no concurriere ninguna de las personas indicadas en este artículo, llamadas en el orden preferencial establecido, la prestación se paga, previa comprobación de que el extinto era su único sostén, a sus hermanos menores de dieciocho (18) años. - Los hermanos carnales recibirán doble porción de los que sean simplemente maternos o paternos.
  + A falta de descendientes, ascendientes, hijos adoptivos, padres adoptivos, hermanos y cónyuge, la prestación corresponderá a la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional.”

1. Cabe aclarar que ha sido reiterada la posición del Consejo de Estado en relación con la aplicación del régimen prestacional vigente para la época en que se causó el derecho, sin embargo, cuando ocurrió el deceso del agente Filemón Rojas Barrera ®, en el régimen especial aplicable a la Policía Nacional (Decreto 1213 de 1990), no se regulaba la situación particular de sustituir la asignación de retiro en los eventos en que se presente la concurrencia entre la cónyuge y la compañera permanente.

1. En tal sentido, si bien el Sistema Integral de Seguridad Social13, reguló en el artículo 279 que el mismo, no se aplica a los miembros de la Fuerzas

Militares, por la función pública que desempeñan, no lo es menos, que el

*12 Declarada inexequible mediante sentencia proferida por la Corte Constitucional C – 870 de 1999, en la cual se dispuso: “(…)*

***RESUELVE***

*Primero: Declarar* ***INEXEQUIBLE*** *la expresión "matrimonio" contenida en el inciso primero del artículo 174 del Decreto 1212 de 1990.*

*Segundo****:*** *Declarar* ***INEXEQUIBLE*** *la expresión "matrimonio" contenida en el artículo 131 del Decreto 1213 de 1990. Tercero****:*** *Los efectos de estas declaraciones de inexequibilidad operan a partir del 7 de julio de 1991. Por consiguiente, los hijos que con posterioridad al siete de julio de 1991 hubieren contraído nupcias y, por este motivo, hubieren perdido el derecho a la pensión a la que se refieren las normas acusadas, podrán, como consecuencia de este fallo, con miras al restablecimiento de sus derechos constitucionales, reclamar de las autoridades competentes las mesadas que se causen a partir de la notificación de esta Sentencia.”* 13 Ley 100 de 1993, vigente a partir del 1 de abril de 1994

Consejo de Estado[[12]](#footnote-12) estableció que en aplicación al principio de favorabilidad consagrado en el artículo 53 de la Constitución Política, se permite la aplicación de la norma más favorable, *“en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho …”.*

1. Así las cosas, en el presente asunto podrá acudirse al articulo 47 original de la Ley 100 de 1993 (norma vigente al momento del fallecimiento del causante), el cual prescribía que:

“ARTÍCULO 47. Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:

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

En caso de que la pensión de sobrevivencia 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 ~~por lo menos desde el momento en que~~ ~~este cumplió con los requisitos para tener derecho a una pensión de vejez o invalidez~~, y hasta su muerte, y haya convivido con el fallecido no menos de dos (2) años continuos con anterioridad a su muerte, salvo que haya procreado uno o más hijos con el pensionado fallecido” (aparte tachado declarado inexequible[[13]](#footnote-13)).

1. Esta norma previó dos requisitos para el reconocimiento de la sustitución pensional al cónyuge o al compañero permanente supérstite. Estos son: *(i)* *haber hecho vida marital* con el causante hasta su muerte y *(ii) haber convivido* con el fallecido no menos de dos (2) años continuos con anterioridad al fallecimiento, salvo que hubieran procreado hijos.

# 3. De la concurrencia entre cónyuge y compañera permanente supérstites

45. De acuerdo a lo expuesto, se establece que conforme al Decreto 1213 de 1990, la legitimación para sustituir la asignación de retiro se encuentra en cabeza de la cónyuge supérstite. No obstante, el Consejo de Estado ha decantado que la aplicación e interpretación de dicha norma, se debe realizar en concordancia con lo previsto en la Constitución de 1991, teniendo en cuenta que con su expedición se estableció la igualdad jurídica y social para la familia constituida por vínculos naturales, conforme se dejó expresado en la sentencia del Consejo de Estado proferida el 28 de agosto de 2003, con ponencia del doctor Jesús María Lemus Bustamante, en los siguientes términos:

“ 5.4. La sustitución de la asignación de retiro en el régimen prestacional de la Policía Nacional

Si bien el artículo 132 del Decreto 1213 del 8 de junio de 1990, por el cual se reforma el estatuto del personal de agentes de la Policía Nacional, no incluía a la compañera permanente entre los beneficiarios de la sustitución en la asignación de retiro, la entrada en vigencia de la Constitución de 1991, cuyo artículo 42 protege la institución familiar surgida tanto del vínculo matrimonial como de la relación marital de hecho, introdujo un cambio significativo en la forma como debe darse aplicación al artículo 132.

Este cambio consiste en que debe reconocerse a la compañera permanente el derecho a la sustitución pensional. Los artículos 13 y 42 de la Constitución Política permiten afirmar la legitimidad de la compañera permanente para reclamar su derecho a la sustitución pensional. Ella goza de los mismos derechos prestacionales que le corresponden a la cónyuge supérstite, posición que fue afirmada por los desarrollos normativos ulteriores en materia de régimen de personal de la Policía Nacional.

En este sentido puede verse el artículo 110 del Decreto 1029 de 1994, por el cual se expidió el Régimen de asignaciones y prestaciones para el Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional, que, en lo pertinente, dice:

*“Art. 110 . Definiciones. Para los efectos legales de este estatuto se entiende por:*

*Familia. Es la constituida por el cónyuge o compañero permanente del miembro del nivel ejecutivo, lo mismo que por sus hijos menores de veintiún (21) años, los estudiantes hasta la edad de veinticuatro (24) años y los hijos inválidos absolutos, siempre y cuando unos y otros dependan económicamente del miembro del nivel ejecutivo.*

*Art. 111. Reconocimiento derechos prestacionales. A partir de la vigencia de este Decreto, los derechos consagrados en los Decretos ley números 1211, 1212, 1213 y 1214 de 1990 para el cónyuge y los hijos de los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, se reconocerán y pagarán a la familia, de conformidad con la definición contenida en el artículo 110 de este Decreto.”*

Si bien el Decreto 1029 de 1994, que reconoce a la familia de hecho, puede aplicarse, en principio, sólo al Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional, el artículo 111 de esta misma disposición extendió los alcances del concepto de familia de hecho a todos los miembros de la institución armada referida, lo cual constituye una determinación que respalda el derecho de los compañeros permanentes para reclamar la sustitución pensional.

Se agrega a lo anterior que otras disposiciones de alcance general ya reconocían a la compañera permanente como beneficiaria de la sustitución pensional, tal como aparece en las leyes 12 de 1975 (artículo 1), 113 de 1985 (artículo 2), 71 de 1988 (artículo 3) y 100 de 1993 (artículo 74). Estos desarrollos normativos permiten advertir una tendencia muy clara del derecho colombiano respecto al reconocimiento pleno de los derechos de los compañeros permanentes”[[14]](#footnote-14).

46. En conclusión, no hay duda sobre la tendencia en el derecho colombiano al reconocimiento pleno de los derechos de los compañeros permanentes en materia de derechos prestacionales, concretamente en lo que corresponde a la legitimación para el derecho a la sustitución pensional, pues, se insiste, de conformidad con los artículos 13, 42 y 48 de la Constitución Política, los derechos a la seguridad social comprenden de la misma manera tanto al cónyuge como al compañero o compañera permanente.

# 4. De la separación de hecho de la cónyuge supérstite, pero con sociedad conyugal no disuelta

1. En la sentencia C-336 de 2014, la Corte Constitucional analizó la diferenciación entre el matrimonio y la unión marital de hecho para efectos pensionales. Al respecto, señaló:

“4.8.4.1. En lo atinente al criterio de comparación, la jurisprudencia de esta Corte ha diferenciado los efectos de la unión marital de hecho con los del matrimonio, concluyendo que se trata en principio de figuras normativas diferentes. Razón por lo cual, no son sujetos de la misma naturaleza, y por ello no podría predicarse en principio un trato diferente frente a iguales.

4.8.4.2. No obstante lo anterior, si en gracia discusión se estudiara la finalidad de la diferencia de trato otorgada al cónyuge con sociedad vigente pero con separación de hecho, resulta constitucionalmente justificada la medida adoptada, en tanto que ambos beneficiarios –compañero permanente y cónyuge con separación de hecho- cumplen con el requisito de convivencia, el cual se armoniza con los efectos patrimoniales de cada institución, pues los haberes del matrimonio siguen produciendo efectos jurídicos ya que la separación de hecho no resta efectos a la sociedad patrimonial existente entre el causante y su cónyuge sobreviviente. Es decir, que pese a que el de *cujus* conviviera por el término mínimo de cinco años con un compañero permanente, la sociedad de hecho entre estos dos no se conformó al estar vigente la del matrimonio.

Es así, como en protección y reconocimiento del tiempo de convivencia y apoyo mutuo acreditado por el miembro sobreviviente de la unión marital de hecho, que el legislador le otorgó el beneficio de una cuota parte de la pensión frente a la existencia de una sociedad conyugal. En conclusión, la norma busca equilibrar la tensión surgida entre el último compañero permanente y la (el) cónyuge con el cual a pesar de la no convivencia no se disolvieron los vínculos jurídicos. Por todo lo anterior, la norma acusada es constitucional y será declarada exequible”.

1. Si bien en dicha oportunidad se estudió la legalidad de una norma pensional del régimen general, la Corte Constitucional[[15]](#footnote-15) ha considerado que la asignación de retiro es una modalidad de prestación que se asimila a la pensión de vejez, pero con unos requisitos particulares, debido a la naturaleza especial del servicio y de las funciones que cumplen los servidores públicos a quienes se les reconoce este concepto, por lo que la sustitución de la asignación de retiro se puede equiparar con la pensión de sobrevivientes o la sustitución pensional previstas en el régimen general de pensiones.

1. Sobre el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003[[16]](#footnote-16), la Corte Constitucional, en sentencia T-15 de 2017[[17]](#footnote-17), sostuvo «[…] *que las disputas que puedan presentarse entre el cónyuge y el compañero o la compañera permanente supérstite en torno al derecho a la sustitución pensional o a la pensión de sobrevivientes pueden ocurrir, o bien porque este convivió simultáneamente con su cónyuge y su compañera o compañero permanente, o bien porque, al momento de su muerte, tenía un compañero permanente y una sociedad conyugal anterior que no fue disuelta, o un compañero o compañera permanente y una unión conyugal vigente, con separación de hecho. En este último evento, no hace falta que el cónyuge supérstite demuestre que convivió con el causante durante los últimos cinco años de su vida, sino, solamente, que convivió con él o ella más de cinco años en cualquier tiempo*»[[18]](#footnote-18).

1. Por su parte, la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL-1399 de 25 de abril de 2018[[19]](#footnote-19), precisó[[20]](#footnote-20):

"En tratándose de la relación del afiliado o pensionado con su cónyuge, esta Corporación ha defendido el criterio según el cual la convivencia por un lapso no inferior a 5 años puede ocurrir en cualquier tiempo, siempre que el vínculo matrimonial se mantenga intacto.

En efecto, a partir de la sentencia SL, 24 en. 2012, rad. 41637, esta Sala planteó que el cónyuge con unión matrimonial vigente, independientemente de si se encuentra separado de hecho o no de su consorte, puede reclamar legítimamente la pensión de sobrevivientes por su fallecimiento, siempre que hubiese convivido con el (la) causante durante un interregno no inferior a 5 años, en cualquier tiempo. En específico, en esa oportunidad señaló:

*“Tal interpretación que ha desarrollado la Sala, sin embargo, debe ser ampliada, en tanto no es posible desconocer que el aparte final de la norma denunciada, evidencia que el legislador respetó el concepto de unión conyugal, y ante el supuesto de no existir simultaneidad física, reconoce una cuota parte a la cónyuge que convivió con el pensionado u afiliado, manteniéndose el vínculo matrimonial, aun cuando existiera separación de hecho.*

*Esa medida, sin lugar a dudas, equilibra la situación que se origina cuando una pareja que decidió formalizar su relación, y que entregó parte de su existencia a la conformación de un común proyecto de vida, que inclusive coadyuvó con su compañía y su fortaleza a que el trabajador construyera la pensión, se ve desprovista del sostén que aquel le proporcionaba; esa situación es más palmaria cuando es la mujer quien queda sin ese apoyo, en tanto su incorporación al mercado laboral ha sido tardía, relegada históricamente al trabajo no remunerado o a labores periféricas que no han estado cubiertas por los sistemas de seguridad social.*

*No se trata entonces de regresar a la anterior concepción normativa, relacionada con la culpabilidad de quien abandona al cónyuge, sino, por el contrario, darle un espacio al verdadero contenido de la seguridad social, que tiene como piedra angular la solidaridad, que debe predicarse, a no dudarlo, de quien acompañó al pensionado u afiliado, y quien, por demás hasta el momento de su muerte le brindó asistencia económica o mantuvo el vínculo matrimonial, pese a estar separados de hecho,* ***siempre y cuando aquel haya perdurado los 5 años a los que alude la normativa, sin que ello implique que deban satisfacerse previos al fallecimiento, sino en cualquier época.”***

1. Al respecto, la Sección Segunda del Consejo de Estado, en sentencia de 28 de junio de 2018[[21]](#footnote-21), concluyó que «[…] *ante la vigencia de la sociedad conyugal, aunque no exista convivencia al momento del fallecimiento del causante, por este hecho no se pierde el derecho a la pensión de sobrevivientes*». Con posterioridad, el 28 de enero de 202124 precisó que «[…] *los 5 años de convivencia singular de la cónyuge con el finado puede*[n] *ocurrir en cualquier tiempo, y tendrá derecho a la pensión de sobrevivientes, siempre que mantenga vigente el vínculo conyugal, aun separada de hecho o de cuerpos, o de tener disuelta o liquidada la sociedad conyugal, es decir, que no es necesario acreditarla durante los últimos 5 años a la muerte del causante*».

1. Teniendo en cuenta la jurisprudencia en cita, se puede concluir que, la cónyuge supérstite, con quien no se ha liquidado la sociedad conyugal, incluso existiendo separación de hecho, tiene derecho al reconocimiento de la sustitución de la asignación de retiro, bien sea de forma total o parcial, para lo cual se deberá establecer si existe otro beneficiario.

# 5. De lo probado en el proceso

53. Dentro del caudal probatorio, se observan las siguientes pruebas que constituyen piezas importantes en la resolución del asunto:

* **Pruebas en relación con el señor Misael Tovar Neiza y el parentesco**

* + Registro civil de matrimonio indicativo serial No. 04568429, de Filemón Rojas Barrera y Mariela Leonor Echeverria Silva, cuya fecha de celebración fue el 05 de mayo de 1977 (fl 3).

* + Registro civil de nacimiento de Nancy Dirley Rojas Echeverria, en el cual consta que es hija de Filemón Rojas Barrera y Mariela Leonor Echeverria

Silva (fl 7).

* + Registro civil de defunción del señor Filemón Rojas Barrera, en el cual consta que falleció el 18 de noviembre de 1997 (fl 8).

* **Pruebas en relación con las actuaciones administrativas ante CASUR:**

* + Hoja de servicios de 17 de abril de 1995, perteneciente al señor Filemón Rojas Barrera, en la cual consta que ingresó como agente alumno de la Policía Nacional el 20 de enero de 1974 y como agente el 01 de julio siguiente hasta el 03 de marzo de 1995, que tuvo un total de servicio a la institución de 21 años, 8 meses y 4 días. Así mismo se refiere como cónyuge la señora Mariela Leonor Echeverria Silva (fls. 5 a 6).

* + Mediante Resolución No. 5580 de 18 de agosto de 1998 (fls 26 a 28), la entidad demandada, indicó:

“Que de acuerdo con el fallo proferido por la Corte Suprema de Justicia, el 26-0396, en Sala de Casación Civil y Agraria que confirmó el fallo de Tutela proferido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá del 27-02-96, en el cual se estipuló que el factor determinante para establecer qué persona tiene derecho a la sustitución de asignación mensual de retiro, **es el compromiso de apoyo efectivo y de comprensión mutua existente entre la pareja al momento de la muerte de uno de sus integrantes, de lo cual se concluye que tal derecho corresponde a quien haya hecho vida en común con el causante a la fecha de su deceso**.” (Destacado fuera del texto original)

Conforme lo anterior, en dicho acto administrativo, se resolvió:

**“ARTICULO 1º:** Reconocer y ordenar pagar con cargo al presupuesto de esta entidad, sustitución de asignación mensual de retiro a partir del 18-1-97 a la señora

GLORIA ESPERANZA CUSBA CUSBA(…) y a la hija NANCY DIRLEY ROJAS ECHEVERRIA, representada por la señora MARIELA LEONOR ECHEVERRIA SILVA (…) en cuantía equivalente al 75% de la totalidad de la prestación que devengaba el extinto Agente ® ROJAS BERRERA FILEMON, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

**ARTICULO 2º:** Distribuir la prestación de la siguiente, manera: El 50% para la compañera permanente y el 25% para la hija NANCY DIRLEY ROJAS ECHEVERRIA, debiendo cancelar por intermedio de su progenitora los valores que le correspondan a la menor hasta cuando cumpla la mayoría de edad.

**ARTICULO 3º:** Dejar pendiente por reconocer y pagar el restante 25% de la totalidad de la prestación que devengaba el causante que pueda corresponder a la hija LUZ DARY ROJAS GUEVARA, según lo considerado.

**ARTICULO 4º:** Negar el reconocimiento de sustitución de asignación de mensual de retiro a la señora MARIELA LEONOR ECHEVERRIA SILVA ya identificada.”

* Luego la entidad, a través de la Resoluciones Nos. 1996 de 29 de marzo de 1999 y 13252 de 25 de noviembre de 2002, ordenó restablecer el pago de la cuota correspondiente al 25% de sustitución de la asignación de retiro a favor de la hija del causante, NANCY DIRLEY ROJAS ECHEVERRIA, a partir del 30 de septiembre de 1998 y 30 de septiembre de 2002, respectivamente (fls. 29 y 31).

* Así mismo, mediante Resolución No. 4591 de 28 de julio de 1999, CASUR ordenó el pago del 25% de la asignación de retiro a favor de la menor LUZ DARY ROJAS GUEVARA (fl 30).

* Posteriormente, a través de la Resolución No. 3117 de 29 de abril de 2013, CASUR ordenó extinguir a partir del 21 de abril de 2013, la cuota de sustitución de asignación de retiro que correspondía a LUZ DARY ROJAS GUEVARA, en cuantía equivalente al 37.5% de la prestación que devengaba el actor y acrecer la Proción que por el mismo concepto corresponde a la señora Gloria Esperanza Cusba, quedando con el total de la prestación a partir del 21 de abril de 2013 (fl 32).

* Finalmente, con oficio SDP-2016000719 de 07 de octubre de 2019, se indicó que la entidad resolvió de fondo la solicitud de sustitución de asignación de retiro, mediante la Resolución 5580 de 1998 (fl 22).

# • Pruebas en relación con la convivencia de Mariela Leonor Echeverría Silva

* Declaración juramentada rendida ante Notario Público de fecha 3 de febrero de 2017, por los señores Alejo Benavides Albarracín y José Inocencio Martínez, en la que indicaron que, conocieron por más de 20 años al señor Filemón Rojas Barrera, quien era casado con la señora Mariela Leonor Echeverria Silva, de cuya unión nació la hija Nancy Dirley, y dan fe de su convivencia hasta el año 1995, en la ciudad de Cúcuta (fl 33).

* Declaración de parte de Mariela Leonor Echeverria Silva (minuto 6:35 a 21:40 CD fl 157):
  + Se casarón el 05 de mayo de 1977 y para esa fecha ya habían convivido un año, en el Cocuy.
  + Duraron hasta el año 1994.
  + Él estuvo trabajando en el norte de Boyacá, luego pidió el traslado para Norte de Santander.
  + En el año 1993, la declarante se fue para Bogotá a buscar vivienda, porque se iban a radicar allá, sin embargo, en el 94 lo visitaron de sorpresa con la hija en Floresta y lo encontraron con una señora, con la que vivía último.
  + Ese día fue y pusó la queja en Sogamoso, no era la primera vez que era infiel.
  + Le asignaron una cuota de alimentos, no quiso volver con él y por el contrario se le perdió un tiempo a él.
  + Después ni le contaron que estaba enfermo, porque él se organizó y simplemente llamaba a la niña.
  + La declarante también se organizó con su nueva pareja en el año 1996.
  + El causante le pidió a la médica tratante, porque estaba desahuciado, que cuando falleciera le avisara a la esposa e hija.
  + La hermana del causante, fue quien lo atendió en su enfermedad.
  + Nunca liquidaron la sociedad conyugal ni tramitaron la cesación de efectos del matrimonio.

* Testimonio de Alejo Benavides Albarracín (minuto 25:13 a 38:00 CD fl 157):
  + Trabajó en varias estaciones de Policía de Cúcuta con el señor Rojas Barrera.
  + Conoció a Mariela como la esposa del causante y a la hija Nancy, más o menos entre los años 1981 a 1990, porque luego el causante fue trasladado a Boyacá y la señora Mariela siguió viviendo en Cúcuta, desconociendo como sería la situación entre ellos, sin embargo, después se los encontró y los vio como familia.
  + Luego el declarante fue trasladado a otro lugar y perdió contacto.
  + Era usual que un uniformado no conviviera con la esposa, por razones de orden público y por economía, además que en un puesto no duraban mucho tiempo.

* Testimonio de José Inocencio Martínez (minuto 42:10 a 50:20 CD fl 157):
  + Le dijeron que Mariela era casada con un agente de la Policía, ya después fue que ella le presentó a Filemón, en el año 1980.
  + Compartieron en varias ocasiones y distinguió a la hija de la pareja, a Nancy. ✓ Tuvo contacto con ellos como hasta el año 1993.

* Testimonio de Nancy Dirley Rojas Echeverría (minuto 54:10 a 1:10:21 CD fl 157):
  + Es hija del matrimonio Rojas Echeverría.
  + En el año 1994, sus padres no se habían separado, fueron a visitar de sorpresa a su progenitor, pero se dieron cuenta que estaba con Gloria.
  + Esa oportunidad fue la última vez que lo vio.
  + Antes de eso vivían en Cúcuta y él iba y las visitaba seguido.
  + En el año 1993 se radicaron en Bogotá por su estudio.
  + Su padre siempre estaba pendiente de ellas y le giraba la cuota destinada para sus estudios y cosas necesarias.
  + Solo se enteró de la muerte de su padre, porque la médica les aviso.
  + Tiene entendido que fueron las tías quienes sufragaron los gastos del sepelio y también fueron ellas quienes estuvieron con él durante su enfermedad, sin que le conste si la señora Gloria estuvo con él.
  + Él murió en Tunja.

# • Pruebas en relación con la convivencia de Gloria Esperanza Cusba Cusba

* Declaración juramentada rendida ante Notario Público de fecha 11 de junio de 1998, por la señora Gloria Esperanza Cusba Cusba, quien señaló que fue la compañera permanente de Filemón Rojas Barrera, desde el 18 de agosto de 1993 y hasta la fecha de defunción. En el mismo documento, rindieron declaración Cayetano Niño Blanco y María

Nieves Fonseca Castañeda, quienes manifestaron que, durante los

últimos cinco años de vida del causante, su compañera fue la señora Cusba. Los declarantes coinciden en señalar que la compañera del causante dependía económicamente de él (fls 119 - 120).

* Declaración juramentada rendida ante Notario Público de fecha 11 de junio de 1998, por la señora Sandra Cubillos Monroy, quien adujo que conoció a la pareja conformada por Filemón Rojas y Gloria Cusba, tres años antes del fallecimiento del causante (fl 121).

* Declaración de parte de Gloria Esperanza Cusba Cusba (minuto 1:12:50 a 1:32:37 CD fl 157):
  + Conoció a Filemón en el año 1992, él llegó trasladado de Cúcuta.
  + En ese momento, la madre de la declarante tenía un restaurante en Gámeza y los uniformados tomaban sus alimentos allí.
  + Él la empezó a cortejar, cuando la declarante tenía 14 años de edad y a los pocos meses, se fueron a vivir juntos, eso fue como en diciembre, o noviembre de 1992.
  + En el año 1993 lo trasladaron a Floresta y ella se fue con él, luego lo mandaron a Nobsa y Tibasosa.
  + Él duró con quebrantos de salud desde el año 1994, todo le hacía daño, pero no le gustaba ir al médico.
  + Cuando se vio muy enfermo, se fueron a vivir a Chía, ya después fue al médico y le detectaron cáncer.
  + En el Hospital Central duró 2 meses, le tocaba cambiarle unas bolsitas, que se las daban en la Marly o en otras clínicas.
  + Cuando se sintió bien, vinieron a Tunja a visitar a un hermano del causante, pero se cayó de la silla cuando se iba a bañar, lo operaron de urgencia y ya después decayó y murió.
  + En la relación no hubo hijos.
  + Durante la enfermedad no lo visito ni la esposa ni la hija.
  + Los gastos funerarios los pagó la Policía y como la declarante era menor de edad, el cuerpo se lo entregaron a los hermanos del causante.
  + Existió una convivencia de alrededor de 4 o 5 años.

* Testimonio de Sandra Cubillos Monroy (minuto 1:35:10 a 1:51:04 CD fl 157):
  + A la señora Mariela tan solo la conoció el día del sepelio, en cambio a la señora Gloria la vio con el señor Filemón hasta el día que él falleció.
  + Gloria era la compañera sentimental de él, convivían juntos, siempre y para donde iba Gloria, iba con él.
  + Para la declarante la esposa de Filemón siempre fue Gloria.
  + Conoció a Gloria desde el año 1995, para ese momento ya convivía con el finado Filemón y llevaban como tres años viviendo juntos.
  + Cuando él se enfermó, Gloria era quien estaba pendiente de él y lo llevaba al médico.

# 6. Caso concreto

1. En el presente caso, se discute el derecho de las señoras Mariela Leonor Echeverría Silva, en calidad de cónyuge supérstite del Agente ® Filemón Rojas Barrera y Gloria Esperanza Cusba Cusba, en su condición de compañera permanente, a quien la entidad demandada mediante Resolución 5580 del 18 de agosto de 1998, le reconoció el derecho a la sustitución de la asignación de retiro, al establecer que era la **única** persona con la que el causante había hecho vida en común a la fecha del deceso.

1. La juez de instancia accedió a las pretensiones de la demanda, al considerar que la demandante, señora Mariela Leonor Echeverría Silva, ostenta el derecho a la sustitución del 50% de la asignación de retiro, dada la existencia de una sociedad conyugal no disuelta con el causante, y el otro 50% corresponde a la Gloria Esperanza Cusba Cusba, al haber acreditado una convivencia superior a los 2 años.

1. Inconforme con esta decisión, la demandada Gloria Esperanza Cusba Cusba interpuso recurso de apelación, alegandoque acreditó una convivencia con el señor Filemón Rojas Barrera de 6 años anteriores al fallecimiento y que, por su parte, la demandante, no probó convivencia inmediatamente anterior a la muerte.

1. Por otro lado, la demandante manifestó su inconformismo en contra de la decisión de primera instancia, en el sentido de indicar que quien comparece en condición de compañera permanente no acreditó los requisitos para ser beneficiaria de la sustitución prestacional, pues tan solo acreditó una convivencia de 3 años y 10 meses, sumado a que era competencia exclusiva del juez de familia declarar la unión marital de hecho.

1. Con fundamento en lo anterior, procede la Sala a establecer a quién le asiste mejor derecho a sustituir la asignación de retiro del causante, si a quien actúa, comparece y acredita su condición de cónyuge sobreviviente o a quien actúa, comparece y acredita su condición de compañera permanente.

**6.1. En relación con el derecho pretendido por la señora María Leonor**

# Echeverría Silva

1. La actora alega que: *(i)* si bien hubo una separación de cuerpos entre ella y su esposo (fallecido), ello fue consecuencia de la infidelidad de este; y, *(ii)* que la cónyuge separada de hecho, con sociedad conyugal vigente, tiene derecho a la sustitución pensional.

1. Respecto al primer reproche, observa la Sala que el artículo 47 original de la Ley 100 de 1993 establece como requisito una convivencia de forma continúa con el causante por un término no menor a dos (2) años previos al fallecimiento, salvo que hubiera procreado hijos. Así, en el presente asunto se cumple la excepción al requisito de cohabitación entre el causante y la cónyuge, dada la procreación de la hija en común, según se advierte del registro civil de nacimiento de Nancy Dirley Rojas Echeverría visto a folio 7 del plenario.

1. Aunado a ello, el requisito de convivencia establecido en la norma en comento puede ser exceptuado por la configuración de una justa causa. Al respecto, la Sala Plena de la Corte Constitucional en sentencia SU 108-20[[22]](#footnote-22), señaló:

“En todo caso, la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia han reconocido que estos requisitos *pueden ser exceptuados por la configuración de justa causa*. Por una parte, la Corte Constitucional ha señalado que la interrupción de la convivencia – *vida marital o cohabitación*– de los cónyuges o compañeros no implica, necesariamente, la pérdida del derecho. Así, desde la Sentencia T-787 de 2002, esta Corte ha reconocido que se debe considerar, según las pruebas disponibles y los argumentos esgrimidos durante el proceso, si la “*interrupción de la convivencia o la no vida en común del causante y su cónyuge*” podría estar justificada, por ejemplo, por motivos de salud. Además, si bien el caso resuelto en la Sentencia T-787 de 2002 refería a una prestación causada en vigencia del artículo 47 original de la Ley 100 de 1993, dicho razonamiento ha sido reiterado por otras providencias[[23]](#footnote-23) que resolvieron sobre el efecto de la interrupción de la convivencia, pero en vigencia del artículo 47 modificado por la Ley 797 de 2003. Así, bajo ambos regímenes normativos se ha entendido que la falta de convivencia entre el causante y el cónyuge o compañero puede llegar a estar justificada y que, por lo tanto, es “*necesario hacer una evaluación de las circunstancias concretas en cada caso*”[[24]](#footnote-24).

Por otra parte, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha señalado que los requisitos de vida marital y cohabitación deben ser evaluados“*en cada caso, y dependiendo de las circunstancias fácticas que se prueben*”[[25]](#footnote-25),dado que serán estas a las que “*tendrá que acudirse, para determinarse si la separación material era o no justificada y si, a pesar de ello, el vínculo entre la pareja se mantuvo*”[[26]](#footnote-26)*.* Por consiguiente, “*la situación de que los esposos o compañeros no puedan estar permanentemente juntos bajo el mismo techo, por circunstancias especiales como podrían ser motivos de salud, de trabajo, de fuerza mayor, etc., no conlleva a* (sic) *que desaparezca la comunidad de vida o la vocación de convivencia de la pareja*”[[27]](#footnote-27).Esta comprensión del requisito de convivencia de la jurisprudencia laboral surgió bajo la vigencia del artículo 47 original de la Ley 100 de 1993[[28]](#footnote-28) y ha sido reiterada y desarrollada aún en casos resueltos tras la modificación incorporada por la Ley 797 de 2003[[29]](#footnote-29). Incluso, en jurisprudencia reciente, y en atención al mandato del artículo 53 de la Constitución, la Corte Suprema de Justicia ha llegado a advertir que, “*en contextos en los que el presunto beneficiario ha sido sometido a maltrato físico o psicológico*”33, no es posible negar la convivencia “*por la pura y simple separación de cuerpos de los cónyuges*”*.* Así, la Sala de Casación Laboral ha explicado que “*en escenarios de este tipo no se puede culpar al consorte víctima de renunciar a la cohabitación y castigarlo con la pérdida del derecho a la pensión de sobrevivientes*”, máxime cuando “*la separación es un ejercicio legítimo de conservación y protección al derecho fundamental a la vida y a la integridad personal*”*.*

1. En el asunto *sub examine*, se recuerda que la parte actora alegó la configuración de justa causa que dio lugar a la interrupción de la relación como pareja, dado que afirma que, la separación de hecho se terminó debido a las reiteradas infidelidades.

1. Al respecto se observa que en el acto administrativo impugnado[[30]](#footnote-30), se refiere que el señor Rojas Barrera tuvo una hija con la señora Celia Omaira Guevara Cáceres el 21 de abril de 1988, lo cual según se indicó en la demanda, ocurrió fruto de una relación extramatrimonial y para ese momento, ya eran reiterativos los comportamientos de infidelidad con mujeres muchos más jóvenes.

1. Se estableció igualmente que, para la época en que la señora **Echeverría Silva** decidió dar por terminada la relación de pareja, ya el causante, sostenía una relación extramatrimonial con la señora Gloria Esperanza Cusba, según fue corroborado con las declaraciones de parte rendidas en las diligencias y del testimonio de **Nancy Dirley Rojas Echeverría**, quienes coinciden en afirmar que la cónyuge los sorprendió cuando se encontraban en un restaurante ubicado en Gámeza.

1. En un caso de similares fundamentos facticos a los acá expuestos, el Consejo de Estado[[31]](#footnote-31)[[32]](#footnote-32) en sentencia de 14 de junio de 2007, expuso:

“Frente a la infidelidad dirá la Sala que, independientemente de la moral de cada individuo para aprobar o improbar dicha conducta, lo cierto es que para muchos la infidelidad se vive como la peor traición de la pareja. Y es que el infiel que sostiene relaciones sexuales extramatrimoniales no solo ocasiona daños a la relación de pareja, sino que repercute en los aspectos intelectuales, físicos, emocionales y económicos del cónyuge inocente. De ahí, que se califique la fidelidad como una verdadera obligación jurídica, al punto que su incumplimiento genera la posibilidad de aplicar sanciones graves para uno de los cónyuges. Ejemplo de sanción al incumplimiento de la fidelidad debida lo constituye lo prescrito en la ley civil cuando establece como consecuencia de las relaciones sexuales extramatrimoniales de uno de los cónyuges no solo la separación y el divorcio, sino de forma indirecta, en veces, condenas como el pago de alimentos a cargo del cónyuge culpable, al cónyuge divorciado o separado de cuerpo sin su culpa, porque precisamente una de las obligaciones contraídas en el matrimonio era la de socorrerse y ayudarse mutuamente en todas las circunstancias de la vida.

Asimismo, pudiera pensarse que la norma que prescribe la extinción de la pensión que se otorga por fallecimiento de un empleado público del Ministerio de Defensa o de la Policía Nacional en servicio activo o en goce de pensión, está inspirada en el mismo espíritu contenido en esas disposiciones de carácter civil, pues, aunque exista separación de hecho aún sigue vigente el vínculo matrimonial, con mayor razón se busca que esa ayuda mutua debida se haga efectiva, de ahí que la norma señale como causal de extinción de la pensión solo **cuando por culpa de la cónyuge** no vivió unida al empleado o pensionado en el momento de su fallecimiento, presupuesto éste que se logra desvirtuar con la sola demostración de otra relación simultanea del pensionado a la unión matrimonial, quedándole de esta manera la pensión en favor de la cónyuge inocente, independientemente de que el pensionado culpable, al momento de su muerte, hubiere convivido con persona diferente.

Ahora bien, con respecto al maltrato físico de que fue objeto la cónyuge la Sala pone de presente que tal conducta no solo puede causar lesiones físicas, como efectivamente se causaron, sino también daños psicológicos e inclusive en no pocos casos puede llegar hasta la muerte o al suicidio.

La Sala no encuentra descabellado que, unida la infidelidad con el maltrato físico, la cónyuge hubiere experimentado reacciones de desesperación, rencor recalcitrante hacia el esposo quien destruía la relación de la madre con sus hijos, deseos de abandonar todo, y por qué no, desaparecer durante algún tiempo, inclusive lejos de sus hijos.

(…)

En tal sentido, someter a la persona a la exigencia de nuevos daños a su integridad personal tanto física como moralmente, en aras de no incurrir en abandono de la vida indigna que le proporcionaba su propia pareja, implica contrariar asimismo el sentido de amparo eficaz de los derechos en que se inspira la Constitución.” (Destacado fuera del texto original)

1. De acuerdo a lo anterior, observa la Sala en el *sub lite,* que la señora **Mariela Leonor Echeverría Silva,** en condición decónyuge, no hacía vida en común con el causante en el momento de su deceso. Sin embargo, esa falta de convivencia, no lleva a la pérdida del derecho a la sustitución que reclama, pues es obvio que tal situación, precisamente, se debió a las relaciones extramatrimoniales de **Filemón Rojas Barrera,** a tal punto que él conformó otra familia por vínculos naturales.

1. Ahora, pese a que lo hasta acá expuesto le otorga el derecho a la cónyuge supérstite para ser beneficiaria de la sustitución de la asignación de retiro, no pasa por inadvertido la Sala que, en el segundo reproche propuesto por la parte actora, se hace referencia a que la sociedad conyugal conformada por el matrimonio se mantuvo, lo cual, a su juicio, también le otorga el derecho reclamado.

1. Al efecto, se encuentra probado que el 05 de mayo de 1977, el señor Filemón Rojas Barrera y la señora Mariela Leonor Echeverria Silva contrajeron matrimonio[[33]](#footnote-33), y este no fue disuelto por ninguna causa antes del fallecimiento del causante. Además, no hay duda de que ambos procrearon una hija, lo que significa que se unieron en matrimonio, tuvieron varios años de relación y reafirma su convivencia como pareja.

1. Ninguna de las declaraciones de parte o de terceros refuta esta conclusión, sino que, al contrario, dichos elementos se inclinan a afirmar que la convivencia, perduró hasta el año 1994. Es decir, que la señora **Mariela Leonor Echeverría Silva** demostró que convivió material y efectivamente con el señor **Rojas Barrera**, durante un periodo de alrededor de 17 años.

1. En ese orden de ideas, la Sala considera que los argumentos expuestos por la demandada **Gloria Cusba** desconocen el criterio jurisprudencial expuesto en precedencia, según el cual el interesado, cuando haya mantenido vigente el vínculo conyugal con el causante, puede acceder a la correspondiente sustitución pensional si acredita, la convivencia con este durante 5 años en cualquier tiempo, es decir, no resulta dable exigirle que dicho interregno sea inmediatamente anterior al deceso de aquel.

1. Del testimonio de **Alejo Benavides Albarracín** sedesprende que, la señora Mariela Echeverría era conocida por los compañeros de trabajo del agente Rojas Barrera como su esposa y que le consta de la relación de pareja por lo menos entre los años 1981 a 1990, que luego de esa data el causante fue trasladado a Boyacá y la esposa continúo viviendo en Cúcuta, no obstante, era normal que los uniformados vivieran en diferentes localidades.

1. Por su parte el testigo **José Inocencio Martínez** refirió que desde el año 1980 conoció al agente Rojas Barrera como el esposo de Mariela Echeverría, compartieron en varias oportunidades, reconociéndolos a ellos como pareja y le consta de dicha relación hasta el año 1993, dado que posterior a ello, se trasladaron a Bogotá.

1. A su vez, la testigo **Nancy Dirley Rojas Echeverría,** indicóque para el año 1994, sus padres aún tenían relación de pareja, sin embargo, la relación finalizó cuando su progenitora se dio cuenta que su progenitor sostenía una relación con Gloria Cusba.

1. Cabe advertir por la Sala, que se da pleno valor probatorio a los testimonios en mención, pues se trata de testigos directos, idóneos y no sospechosos, respecto de la convivencia de la demandante con el causante, pues en su condición de amigos e hija de la pareja, les permitió tener cercanía con ellos y los hechos que narraron. Expresaron sus conocimientos en lenguaje natural, sin contradicciones, por lo que sus relatos resultan creíbles, ya que no evidencian muestras de exaltación en el lenguaje, ni utilizaron expresiones dubitativas frente a la naturaleza de los hechos; permitiendo inferir la convivencia entre la pareja por un largo periodo de tiempo.

1. En declaración de parte rendida por la señora **Mariela Echeverría**, indicó que la relación de pareja perduró entres los años 1.976 hasta 1.994, que a inicios de la relación convivieron en municipios del norte de Boyacá y luego el causante fue trasladado para Norte de Santander, añadió que para el año 1993, la demandante se fue para Bogotá, para continuar la vida de pareja en esa ciudad, sin embargo, en el año 1994 se dio cuenta de la relación con Gloria Cusba, por lo que se terminó la relación de pareja entre ellos.

1. Asimismo, debe resaltarse que la demandada Gloria Cusba en su recurso de apelación no cuestionó que la señora **Mariela Echeverría** convivió con el fallecido hasta el año 1.994.

1. En síntesis, se advierte de las pruebas allegadas al proceso que la demandante y el fallecido señor Rojas Barrera contrajeron matrimonio el 05 de mayo de 1977 y, pese a que se separaron de hecho en el año de 1.994, conservaron su vínculo conyugal hasta el día del fallecimiento de aquel, ocurrido el 18 de noviembre de 1997, de modo que tal y como lo resolvió la *a quo,* la actora colma el presupuesto jurisprudencial necesario para que se le otorgue la sustitución pensional que reclama, por haber demostrado la convivencia con el causante por un lapso superior a 5 años en cualquier tiempo.

## 6.2. Del derecho reconocido a la señora Gloria Esperanza Cusba Cusba

1. En este punto, conviene recordar que la parte actora cuestionó el acto administrativo que dispuso el reconocimiento de la sustitución de la asignación de retiro de la señora Cusba Cusba (Resolución No. 5580 de 18 de agosto de 1998). Para tal efecto, la señora Echeverría Silva solicitó en la demanda el reconocimiento y pago de la totalidad de la asignación de retiro y argumento que la condición de compañera permanente se adquiere de la declaración de la existencia de una unión marital de hecho, lo cual a su juicio no ocurrió en el presente asunto, a su vez, consideró *“irracional”* que para la entidad lo único importante era acreditar la convivencia con el causante al momento de la muerte, sin tener en cuenta el tiempo de dicha convivencia.

1. Por consiguiente, es dable estudiar, como lo hizo la juez de primera instancia, el derecho pensional que le fue reconocido vía gubernativa a la señora Gloria Esperanza Cusba Cusba, en condición de compañera permanente del fallecido, toda vez que tal asunto fue pretendido en el presente medio de control.

1. Lo anterior encuentra sustento en los principios de congruencia[[34]](#footnote-34) y justicia rogada, que gobiernan el proceso contencioso-administrativo e imponen al juez la obligación de decidir el litigio de acuerdo con lo pedido y probado. En similar sentido, se pronunció el Consejo de Estado el 20 de mayo de 2010[[35]](#footnote-35), al precisar que «[l]*a sentencia proferida por el juez de lo contencioso administrativo, a su turno, debe ser motivada y resolver todos los puntos objeto de controversia formulados por las partes demandante y demandada dentro de la oportunidad procesal respectiva. En este sentido, a la luz de lo establecido en el artículo 170 del C.C.A.* [hoy 187[[36]](#footnote-36) del CPACA]*, debe concluirse que la sentencia proferida por el juez de lo contencioso administrativo no puede ser infra, extra o ultra petita, sino, en virtud de la naturaleza predominantemente rogada de la jurisdicción, sujetarse a todos y cada uno de los aspectos sometidos a su decisión*».

1. Agregase a lo anotado que la demandada Gloria Esperanza Cusba Cusba, al contestar el medio de control, se opuso expresamente a las pretensiones de la demanda y alegó unmejor derecho sobre el reconocimiento de la sustitución de la asignación de retiro, allegando las pruebas que consideró acreditaban su dicho.

1. Así las cosas, procede la Sala a verificar si la señora Gloria Esperanza Cusba Cusba, en condición de compañera permanente del causante, acredita los requisitos para ser beneficiaria de la sustitución de la asignación de retiro.

1. De las pruebas ya descritas, se advierte, tal y como lo concluyó la juez de instancia, quequien acudecomo compañera permanente logró demostrar la convivencia y dependencia para con el señor Rojas Barrera.

1. En efecto, en la declaración rendida dentro de las diligencias por la señora Sandra Cubillos Monroy, se puede establecer con claridad que Filemón Rojas y Gloria Cusba conformaron un hogar, que dicha relación era conocida por todos los allegados de la pareja y que fue la compañera del causante quien cuidó de él durante su enfermedad.

1. En la declaración de parte rendida por la señora Gloria Cusba**,** relató con claridad las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que se dio la relación de pareja con el señor Filemón Rojas, desde el año 1993 hasta la fecha de su fallecimiento en el año 1997.

1. Por último, conviene advertir que si bien las declaraciones juramentadas rendidas ante Notario Público por Cayetano Niño Blanco y María Nieves Fonseca Castañeda**,** no fueron ratificadas conforme al artículo 299 del C.P.C., las mismas pueden ser valoradas como como prueba sumaria y con el restante material probatorio es viable arribar a un convencimiento razonable[[37]](#footnote-37), pues de las mismas se desprende que la señora Gloria Cusba era la compañera permanente de Filemón Rojas Barrera, que vivían bajo el mismo techo y ella dependía económicamente del finado, existiendo convivencia hasta la fecha de fallecimiento del pensionado.

1. Así, las pruebas previamente transcritas dan cuenta de verdaderos detalles de la vida de pareja, desde cuando se conocieron, la forma como entablaron la relación, que la misma era conocida por los vecinos y familiares, y que existía apoyo mutuo entre ellos. En tal sentido, la demandada logró demostrar de manera efectiva su calidad de compañera permanente del señor Rojas Barrera, existiendo una convivencia entre el 18 de agosto de 1993[[38]](#footnote-38) y la fecha de fallecimiento del causante (18 de noviembre de 1997), en una relación en donde existió la voluntad de conformar un hogar y mantener una comunidad de vida, caracterizada por el acompañamiento emocional, social, económico, espiritual y el propósito de constituir una familia. En este sentido, contrario a lo señalado por la parte actora, no se trató de una convivencia casual, de última hora, con la intención de acceder a la sustitución pensional de quien está a punto de fallecer.

1. Ahora, la Sala advierte que los argumentos expuestos por la parte actora no están llamados a prosperar, si bien a las diligencias no se allegó sentencia que declarara la unión marital de hecho entre los compañeros permanentes, lo cierto es que se deben separar los aspectos patrimoniales de la sociedad conyugal de aquellos que sirven de fundamento de la prestación social de sustitución pensional, porque en estos casos lo relevante es determinar si existió una convivencia hasta el momento del fallecimiento o no, y en el caso concreto está plenamente demostrado que así fue. Es decir que, para acreditar los requisitos de la sustitución de la asignación de retiro, no es necesario que un despacho judicial haya declarado previamente la unión marital de hecho.

1. En conclusión, el acervo probatorio analizado permite llevar al convencimiento a esta Sala de la existencia de convivencia bajo el mismo techo y lecho de la referida pareja, durante un término no menor a dos (2) años[[39]](#footnote-39) previos al fallecimiento, en los términos del artículo 47 original de la Ley 100 de 1993; circunstancias que demuestran que la señora Gloria Cusba**,** acreditó igualmente los requisitos exigidos para ser beneficiaria de la sustitución pensional.

1. De acuerdo a lo expuesto, esta Corporación comparte el criterio del fallo de primera instancia, en el sentido de concluir que, tanto la cónyuge como la compañera permanente reúnen los requisitos para ser beneficiarias de la sustitución de la asignación de retiro del señor Filemón Rojas Barrera.

# 7. De la prescripción

1. Ahora bien, respecto a la prescripción de las mesadas pensionales, el artículo 113 del Decreto 1213 de 1990, prevé la prescripción, en los siguientes términos:

**“ARTICULO 113.Prescripción.** Los derechos consagrados en este Estatuto, **prescriben en cuatro (4) años que se contarán desde la fecha en que se hicieren exigibles**.

El reclamo escrito recibido por la autoridad competente sobre un derecho o prestación determinada interrumpe la prescripción, **pero sólo por un lapso igual**. El derecho al pago de los valores reconocidos prescribe en dos (2) años contados a partir de la ejecutoria del respectivo acto administrativo y pasaría a la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional”. (Destacado por la Sala).

1. Dicho artículo fue declarado exequible por la Corte Constitucional en sentencia C-298/02 de 24 de abril de 2002, M.P. Eduardo Montealegre Lynett. Al respecto, sostuvo lo siguiente:

“De acuerdo con lo dicho anteriormente, el Legislador puede consagrar la prescripción extintiva de derechos patrimoniales que surgen del ejercicio de un derecho constitucional, incluso si éste es fundamental, siempre y cuando el término sea proporcionado y no afecte el contenido esencial del derecho constitucional. Aplicando estos criterios, esta Corte concluyó que la ley no podía consagrar la prescripción del derecho a la pensión como tal, aunque sí podía establecer un término temporal para la reclamación de las distintas mesadas. Dijo entonces la Corte:

*“(…) la pensión de jubilación, vejez e invalidez, entre otras, no admiten una prescripción extintiva del derecho en sí mismo como cualquier otra clase de derechos, lo cual (…) constituye un pleno desarrollo de principios y valores constitucionales que garantizan la solidaridad que debe regir en la sociedad, la protección y asistencia especial a las personas de la tercera edad, para mantener unas condiciones de vida digna, así como el derecho irrenunciable a la seguridad social (…)*

*Cabe agregar, que dada la naturaleza periódica o de tracto sucesivo y vitalicia de las pensiones, la prescripción resulta viable, exclusivamente, respecto de los créditos o mesadas pensionales que no se hubiesen solicitado dentro de los tres años anteriores al momento en que se presente la reclamación del derecho.[[40]](#footnote-40)”*

De acuerdo con lo anterior, el derecho a la pensión es imprescriptible. **La institución de la prescripción sólo opera respecto de mesadas no reclamadas**, lo cual no significa que se extinga el derecho”. (Negrilla de la Sala)

1. De acuerdo con lo anterior, se tiene que el fenómeno jurídico de la prescripción de las mesadas de la asignación de retiro opera luego de transcurridos cuatro (4) años a partir de la fecha en la que se hace exigible la obligación. Sin embargo, el reclamo presentado por el empleado ante la administración interrumpe el término prescriptivo, pero solo por un lapso igual[[41]](#footnote-41).

1. En el caso en concreto, la Sala encuentra que la demandante Mariela Echeverría Silva, presentó ante CASUR, solicitud el 21 de enero de 1998 de reclamación de sustitución de asignación de retiro con ocasión del fallecimiento del señor Filemón Rojas Barrera. En virtud de lo anterior, la entidad dio respuesta negando la solicitud mediante Resolución 5580 de 1998[[42]](#footnote-42).

1. Así las cosas, de acuerdo con la normatividad expuesto en líneas que anteceden, el termino de 4 años empieza a contarse desde el momento en que la obligación se haya hecho exigible, lo cual, en el presente asunto se dio el 18 de noviembre de 1997 (fecha de fallecimiento del causante), mientras que la primera solicitud ante la demandada se realizó el 21 de enero de 1998, sin embargo, la demanda fue radicada luego de los 4 años, esto es, el 10 de noviembre de 201746, de modo que operó el fenómeno jurídico de la prescripción de los derechos acá reconocidos a la señora Mariela Echeverría Silva con anterioridad al 10 de noviembre de 2013.

1. Por tanto, la Sala modificará la decisión a la que llegó la *a quo* en cuanto a la prescripción de las mesadas reconocidas a la demandante, teniendo en cuenta que debe declararse la misma con anterioridad al 10 de noviembre de 2013.

# 8. Condena en costas en primera instancia

1. Por otro lado, la apelante Mariela Leonor Echeverría Silva en el recurso de apelación solicitó se revoque la decisión de condena en costas y en su lugar se condene a las demandadas CASUR y a la compañera permanente por *“la mala fe que trajo consigo la desprotección de la demandante por más de 20 años”*.

1. Sobre este aspecto, se observa que la juez de instancia se abstuvo de condenar en costas y agencias en derecho, con fundamento en que las mismas no aparecen comprobadas y por acogerse a la posición adoptada por la Subsección B, Sección Segunda del Consejo de Estado, respecto a que no se acreditó temeridad o mala fe.

1. Al respecto, en sentencia de 24 de junio de 202055, proferida por este Tribunal, se resaltó que, sobre el tema, existían diversas posiciones ―no consolidadas― al interior del Consejo de Estado. En aquella ocasión, se refirió lo siguiente:

“(…) **[L]a Sala no accederá a la condena en costas** pedida por la Comisión Nacional del Servicio Civil **al evidenciar que al respecto existen posturas encontradas al interior de las subsecciones del Consejo de Estado, aplicando en algunas oportunidades el criterio subjetivo de valoración de conducta de las partes - como mala fe y temeridad - y en otras el criterio objetivo determinado por su causación y por los eventos contemplados en el artículo 365 del Código General del Proceso**.

Al efecto, se encuentran los siguientes pronunciamientos:

Sentencia proferida el 20 de septiembre de 2018 por la Subsección "A" con ponencia del consejero William Hernández Gómez, dentro del expediente con radicación número: 20001-23-33-000-2012- 00222-01(1160-15):

“(…) Por lo anterior, se colige que la condena en costas implica una valoración objetiva valorativa que excluye como criterio de decisión la mala fe o la temeridad de las partes. En efecto, el artículo 188 del CPACA, regula que, tratándose de costas en la jurisdicción de lo contencioso administrativo, en la sentencia, el juez tiene la obligación de pronunciarse sobre dicho aspecto, con excepción de los asuntos en los que se ventile un interés público.

Así mismo, de la lectura del artículo 365 del Código General del Proceso, se observa que varias de las situaciones por las que se impone el pago de las costas del proceso, están relacionadas con el hecho de que una de las partes resultó vencida en el juicio, sin que para tal efecto se indique que adicionalmente debe verificarse mala fe o temeridad (…)”.

No obstante, en sentencia de la misma fecha, la Subsección "B" con ponencia de la consejera Sandra Lisset Ibarra Vélez, en el expediente con radicación No. 68001-2333-000-2014-00988-01(3301-17), expuso:

“(...) Finalmente observa la Sala que el tribunal de primera instancia condenó en costas a la entidad demandada aplicando una tesis objetiva pues no se refirió a la conducta desplegada por la demandada en el curso del proceso judicial -, por lo cual se precisa que esta no puede ser impuesta por el simple hecho de resultar vencida una parte dentro de un proceso judicial adelantado ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, toda vez que para adoptar esa decisión, se debe establecer y estar comprobado en el proceso, que la parte vencida realizó conductas temerarias o de mala fe que conduzcan a dicha condena. Además, las costas deben estar probadas en el proceso, lo que quiere decir, que no pueden ser impuestas de numera automática, esto es, sin que se realice un debido análisis que conduzca determinar su ocurrencia.

En el sub lite, no se observa que la demandada haya reflejado un interés más allá de la simple defensa de la legalidad del acto administrativo acusado y/o la existencia factores, tales como, la temeridad y la mala fe, lo que conlleva a que se revoque la condena en costas, establecida en la providencia apelada (…)”.

**Dichos criterios disímiles permiten a la Sala optar por aquél más favorable a la parte vencida más cuando de trabajadores se trata**, pues entiende la Sala que son servidores públicos que han considerado encontrarse frente a la vulneración de un derecho laboral ―para el presente caso el pago con efectos retroactivos en su ascenso en el escalafón― **y si bien, se niegan las pretensiones, lo cierto es que no se trató de aquellos procesos en que pese a la reiterada negativa de pretensiones e incluso existiendo postura unificada de las altas cortes de justicia, el trabajador haya insistido en demandar, pues lo que se evidenció fue un criterio de interpretación del proceso evaluativo para ascenso en el escalafón que no acogió esta Sala**.

Al efecto, nótese que, en sentencia de tutela proferida por la Subsección B del Consejo de Estado, consejero ponente doctor Carmelo Perdomo Cuéter proferida el 8 de febrero de 2019, No de radicado No. 11001-03-15-000-2018-03416-01(AC) se indicó:

“(...) 2.5.2 Sobre la condena en costas (...) Luego, al no existir en la Corporación una postura consistente y unificada sobre el asunto, no podría hablarse de un precedente judicial vinculante para la autoridad judicial y, por tanto, está facultada para acoger el criterio que estime más ajustado a derecho (...)”.

100. En consecuencia, dado que se está ante un caso con similares supuestos fácticos al que ―en su momento― analizó este Tribunal, reiterando que, sobre el punto, no hay una postura única del Consejo de Estado; y poniendo de presente que lo pretendido es dar plena aplicación al principio de favorabilidad a la parte vencida, la Sala confirmará la decisión de la *a quo,* en el sentido de abstenerse de condenar en costas en primera instancia.

# 9. De la condena en costas en segunda instancia

101. Concordante con lo anterior, no se dictará condena en costas en esta instancia, en consideración a que según se expuso, debe atenderse la postura que resulta más favorable a la parte vencida, pues al interior del Consejo de Estado no existe un pronunciamiento consistente y unificado en materia de costas, es decir, que no existe un precedente judicial vinculante para el juzgador, lo cual faculta a la Sala acoger el criterio que estime más ajustado a derecho.

# III. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Virtual de Decisión No. 3 del Tribunal Administrativo de Boyacá, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

**Falla:**

**PRIMERO: MODIFICAR** el numeral cuarto de la sentencia de 06 de diciembre de 2019, proferida por el Juzgado Noveno Administrativo del Circuito de Tunja, por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. En consecuencia, quedará así:

**CUARTO: DECLARAR** de oficio probada la excepción de prescripción parcial de las mesadas causadas a favor de la señora **Mariela Leonor Echeverría Silva con anterioridad al 10 de noviembre de 2013,** por lo considerado en esta providencia.

**SEGUNDO: CONFIRMAR** en todo lo demásla sentencia proferida el 06 de diciembre de 2019 por el Juzgado Noveno Administrativo del Circuito de Tunja, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

**TERCERO:** Sin condena en costas en esta instancia.

**CUARTO:** Una vez en firme esta providencia, por secretaría envíese al juzgado de origen.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión virtual de la fecha.

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

*Firmado electrónicamente*

**DAYÁN ALBERTO BLANCO LEGUÍZAMO**

**Magistrado**

*Firmado electrónicamente*

**JOSÉ ASCENCIÓN FERNÁNDEZ OSORIO**

**Magistrado**

*Firmado electrónicamente*

# BEATRIZ TERESA GALVIS BUSTOS

# Magistrada

1. Fls 182 a 190 [↑](#footnote-ref-1)
2. Fls 167 a 174 [↑](#footnote-ref-2)
3. Fls 35 a 56

   [↑](#footnote-ref-3)
4. Fls 107 a 116 [↑](#footnote-ref-4)
5. Arch 60, E.D. [↑](#footnote-ref-5)
6. Folios 182 a 184 [↑](#footnote-ref-6)
7. Folios 185 a 190 [↑](#footnote-ref-7)
8. Folios 222 a 223 [↑](#footnote-ref-8)
9. Folios 225 a 226 [↑](#footnote-ref-9)
10. Fls 230 a 235 [↑](#footnote-ref-10)
11. Por el cual se reforma el estatuto de personal de agentes de la Policía Nacional [↑](#footnote-ref-11)
12. Consejo de Estado. Sección Segunda, con ponencia del doctor Gerardo Arenas Monsalve dentro de la sentencia del 30 de julio de 2009 proferida dentro del expediente No. 680012315000200102594-01 (0638 – 2008), Actor: Herminda Flórez Jaimes [↑](#footnote-ref-12)
13. El aparte tachado fue declarado inexequible mediante la Sentencia C-1176 de 2001, dado que la “*restricción demasiado amplia que figura en la norma acusada quebranta en estos términos el principio de igualdad, contenido en el artículo 13 de la Carta Política, porque establece un tratamiento diferenciado, a todas luces injusto, frente a quienes inician vida marital con el causante con anterioridad a que éste adquiera el derecho a la pensión. El tratamiento discriminatorio viene impuesto, entonces, por una coincidencia de fechas que no atiende a la verdadera intención de las partes cuando deciden iniciar una vida común, lo cual va en detrimento obvio de la protección prevalente que el Estado debe a la familia como institución básica de la sociedad (art. 5º C.P.)*”*.* [↑](#footnote-ref-13)
14. Expediente No. 200012331000199803804 01 No. Interno: 6082-2002 Actor: María Quintina García Castilla. [↑](#footnote-ref-14)
15. Corte Constitucional. Sentencia C-432/04, Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil. [↑](#footnote-ref-15)
16. Vigente a la fecha de fallecimiento del pensionado. [↑](#footnote-ref-16)
17. M. P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. [↑](#footnote-ref-17)
18. Postura jurisprudencial que ya había sido adoptada en sentencias T-217 de 2012, M. P. Nilson Pinilla; T-278 de 2013, M. P. Mauricio González Cuervo; T-641 de 2014, M. P. Martha Victoria Sáchica Méndez y T-090 de 2016, M. P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. [↑](#footnote-ref-18)
19. M. P. Clara Cecilia Dueñas Quevedo. [↑](#footnote-ref-19)
20. Cita del Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, en proveído de 1º de octubre de 2021, radicado

    Radicación número: 11001-03-15-000-2021-03718-01(AC) [↑](#footnote-ref-20)
21. Expediente 41001-23-33-000-2012-00131-01 (882-14), C. P. César Palomino Cortés. 24 Expediente 13001-23-33-000-2014-00436-01, C. P. Sandra Lisseth Ibarra Vélez. [↑](#footnote-ref-21)
22. Providencia de 11 de marzo de 2020, M.P. Carlos Bernal Pulido, expedientes T-7.599.111 y T-7.607.991 (acumulados) [↑](#footnote-ref-22)
23. Ver las sentencias T-197 de 2010 y T-324 de 2014. [↑](#footnote-ref-23)
24. Sentencia T-245 de 2017. [↑](#footnote-ref-24)
25. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, radicación no. 24235, 25 de octubre de 2005. [↑](#footnote-ref-25)
26. Ibídem. [↑](#footnote-ref-26)
27. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, radicación no. 30141, 10 de mayo de 2007. [↑](#footnote-ref-27)
28. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, radicación no. 34466, 15 de octubre de 2008. [↑](#footnote-ref-28)
29. Por ejemplo, mediante la sentencia SL 1399-2018, que resolvió un caso según la Ley 797 de 2003, la Sala de Casación Laboral retomó la jurisprudencia desarrollada en vigencia del artículo 47 original de la Ley 100 de 1993 y señaló que “*pueden existir eventos en los que los cónyuges o compañeros no cohabiten bajo el mismo techo, en razón de circunstancias especiales de salud, trabajo, fuerza mayor o similares, lo cual no conduce de manera inexorable a que desaparezca la comunidad de vida de la pareja si notoriamente subsisten los lazos afectivos, sentimentales y de apoyo, solidaridad, acompañamiento espiritual y ayuda mutua, rasgos esenciales y distintivos de la convivencia entre una pareja y que supera su concepción meramente física y carnal de compartir el mismo domicilio*”*.* 33 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, SL 2010-2019, radicación no. 45045. [↑](#footnote-ref-29)
30. Folio 26 [↑](#footnote-ref-30)
31. Sección Segunda - Subseccion "A", Consejera ponente: ANA MARGARITA OLAYA FORERO, Radicación número: [↑](#footnote-ref-31)
32. -23-25-000-1999-06271-01(5214-05) [↑](#footnote-ref-32)
33. Folio 7. [↑](#footnote-ref-33)
34. Código General del Proceso: «*Artículo 281. Congruencias. La sentencia deberá estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda y en las demás oportunidades que este código contempla y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas si así lo exige la ley*». [↑](#footnote-ref-34)
35. Expediente: 25000-23-25-000-2002-12297-01 (3712-2004), C. P. Víctor Hernando Alvarado Ardila. [↑](#footnote-ref-35)
36. «*La sentencia tiene que ser motivada. En ella se hará un breve resumen de la demanda y de su contestación y un análisis crítico de las pruebas y de los razonamientos legales, de equidad y doctrinarios estrictamente necesarios para fundamentar las conclusiones, exponiéndolos con brevedad y precisión y citando los textos legales que se apliquen*». [↑](#footnote-ref-36)
37. Posición adoptada por el Consejo de Estado, Sección Segunda Subsección B, Consejero ponente: VICTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA, en sentencia de 08 de abril de 2010, Radicación número: 25000-23-25-000-200409096-02(2262-08). [↑](#footnote-ref-37)
38. Fecha indicada en la declaración juramentada rendida por la demandada ante Notario Público el 11 de junio de 1998, vista a folio 119 [↑](#footnote-ref-38)
39. La demandada acreditó un tiempo de convivencia de cuatro (4) años y dos (2) meses, comprendido entre el 18 de agosto de 1993 y el 18 de noviembre de 1997. [↑](#footnote-ref-39)
40. Sentencia C-230 de 1998. MP Hernando Herrera Vergara. Consideración de la Corte No 4. [↑](#footnote-ref-40)
41. Sobre el tema ver sentencia de 23 de septiembre de 2010 proferida por la Subsección B de la Sección Segunda del Consejo de Estado. Radicado núm. 47001-23-31-000-2003-00376-01(1201-08). Actor: Marco Fidel Ramírez Yépez y otros. Demandado: Municipio de Sitionuevo, Magdalena. [↑](#footnote-ref-41)
42. Fls 26 a 28. 46 Folio 58. [↑](#footnote-ref-42)