



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA SECCIÓN SEGUNDA - SUBSECCIÓN "F"

Bogotá D.C., veintisiete (27) de abril de dos mil veintiuno (2021).

Magistrado ponente: Dr. LUIS ALFREDO ZAMORA ACOSTA

REFERENCIAS:

Radicación:	11-001-33-35-027-2015-00156-01
Demandante:	MARÍA BERTHA GONZÁLEZ DE GUZMÁN
Demandado:	CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES – CREMIL
Vinculadas:	MARÍA ESTELA DÍAZ RODRÍGUEZ Y ELVIRA MÉNDEZ DE BARRETO
Medio de Control:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Correspondió a la **Subsección "F" de la Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca**, en uso de sus facultades legales, el conocimiento para emitir sentencia de segunda instancia dentro del presente proceso, tramitado a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho.

Procede entonces la Sala a resolver los recursos de apelación interpuestos por la entidad accionada y la vinculada la señora MARÍA ESTELA DÍAZ RODRÍGUEZ contra la sentencia proferida el 7 de marzo de 2018 por el Juzgado Veintisiete (27) Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá, a través de la cual se accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

1.1. PRETENSIONES¹

La señora MARÍA BERTHA GONZÁLEZ DE GUZMÁN acudió a la Jurisdicción, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho previsto en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, con el fin de que se declare la nulidad del **Oficio No. 320 CREMIL 70310-70314 del 17 de julio de 2014**, así como de las **resoluciones No. 6047 del 23 de diciembre de 2011 y No. 3486 del 12 de junio de 2012**, a través de los cuales le fue negado el reconocimiento y pago de una sustitución pensional a su favor.

Como consecuencia de la anterior declaración, y a título de restablecimiento del derecho, solicitó se ordene a la accionada que *"reconozca que la señora MARÍA BERTHA GONZÁLEZ DE GUZMÁN tiene derecho a la sustitución pensional por la muerte del señor HERNANDO BARRETO PEDRAZA"* y en tal virtud, se ordene el pago de la prestación reclamada.

¹ Folios 1 a 15 del expediente

De igual forma requirió: i) se cancelen los intereses moratorios a que haya lugar de conformidad con lo establecido en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, ii) se condene en costas a la accionada y iii) se dé cumplimiento a la sentencia en los términos del artículo 192 del CPACA.

1.2. HECHOS Y OMISIONES.

Los hechos en que se apoyan las anteriores declaraciones y condenas se resumen de la siguiente manera:

- La señora MARÍA BERTHA GONZÁLEZ DE GUZMÁN y el señor HERNANDO BARRETO (q.e.p.d.) convivieron desde el año 1982 en unión marital de hecho y no tuvieron hijos.
- Afirma que el causante se encontraba pensionado por el ISS y por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares.
- Inicialmente convivieron en la Carrera 85 No. 54-51 Sur Bloque 25 Apto 303, Barrio Manuel Mejía y luego se trasladaron a la Carrera 21ª No. 18-43 sur Bloque 7 Entrada 3 Apartamento 202 de Bogotá, donde actualmente vive la demandante. En esta última dirección la accionante también vivió con sus hijos y su esposo ya fallecido, ello *"antes de la relación con el señor Barreto"*.
- El causante *"suplía todos los gastos de la convivencia (...) como cuotas de apartamento, administración, servicios, diario del mercado etc."*.
- La accionante era la beneficiaria de los servicios de salud en el ISS por el señor HERNANDO BARRETO (q.e.p.d.).
- El causante, a la edad de 90 años presentaba múltiples condiciones tales como Párkinson, hipertrofia prostática, reemplazo de rodilla, demencia senil, diabetes tipo 2, hipoglicemia, infecciones urinarias, inmovilidad de miembros inferiores, episodios de Alzheimer, entre otras y la demandante se encargaba de llevarlo a sus citas médicas.
- A principios del año 2004, la accionante contrató a la señora MARÍA ESTELA DÍAZ RODRÍGUEZ (vinculada) a efectos de que realizara el aseo del apartamento. Sin embargo, dos meses después de su vinculación la despidió al notar que mantenía *"mucha confianza con el señor Barreto"*.
- La demandante advirtió que el causante y la señora Díaz seguían encontrándose, pues este se ausentaba por horas del apartamento que compartían. Después de *"múltiples discusiones con el señor Barreto por las sospechas de infidelidad, acordaron seguir viviendo bajo el mismo techo, pero separar patrimonios"*.
- La señora MARÍA BERTHA GONZÁLEZ DE GUZMÁN solicitó se declarara la existencia de la unión marital de hecho y se liquidara la sociedad patrimonial con el causante, proceso que correspondió al Juzgado Noveno de la Familia del Circuito de Bogotá. *"Lo anterior para consolidar su patrimonio de muchos años con el señor Barreto y que no estuviera perjudicado por un tercero"*.

- En el mes de febrero de 2005 el causante resolvió irse de la casa que compartía con la demandante *"y no continuar conviviendo con ella"*.
- El 13 de junio de 2005 la señora MARÍA BERTHA GONZÁLEZ DE GUZMÁN se encontró con la señora MARÍA ESTELA DÍAZ RODRÍGUEZ (vinculada) y tras una discusión *"esta última empujó hacia la calle a [la demandante] afectando fuertemente su salud"*. Dicha situación derivó en la presentación de una denuncia ante la Fiscalía General de la Nación y motivo que *"el señor Barreto aunque ya no vivía con la señora Bertha la visitaba continuamente en su casa, la cual quedaba muy cerca de donde él se fue a vivir"*.
- El 26 de mayo de 2008 la demandante fue a visitar al causante al Hospital Militar tras su operación de la próstata y tras una discusión fue agredida por la señora MARÍA ESTELA DÍAZ, razón por la cual la accionante interpuso una denuncia por lesiones personales en su contra ante la Fiscalía Local 262.
- El 7 de enero de 2011 el señor HERNANDO BARRETO (q.e.p.d.) *"firmó un memorial indicando que la señora María Bertha González fuera su única beneficiaria de la pensión en caso de fallecimiento"*, el cual fue radicado ante el ISS el 8 de marzo de 2011.
- El señor HERNANDO BARRETO (q.e.p.d.) causante no volvió a la casa de la demandante y posteriormente, esta se enteró que esto obedeció a que fue internado por cáncer de próstata. En el momento en que fue dado de alta fue recogido por la señora MARÍA ESTELA DÍAZ RODRÍGUEZ (vinculada), sin que la accionante conociera su paradero.
- El causante falleció y la demandante se enteró solo cinco meses después gracias a un tercero.
- La accionante *"instauró denuncia penal por homicidio contra la señora María Estela Díaz (...) por considerar que la acusada no llevó a todas las citas médicas que requería el señor Barreto"*, la cual correspondió a la Fiscalía 329.
- Mediante sentencia proferida el 15 de julio de 2011 el Juzgado 19 Penal resolvió condenar a la señora MARÍA ESTELA DÍAZ RODRÍGUEZ (vinculada) a 22 meses de prisión por las lesiones personales causadas a la demandante. Dicha decisión fue confirmada por el Tribunal Superior del Distrito – Sala Penal.
- El 18 de noviembre de 2011 la demandante solicitó el reconocimiento y pago de una sustitución pensional, requerimiento que fue negado por la entidad accionada mediante Resolución No. 6047 de 2011, teniendo en cuenta que ya había sido otorgada a favor de la señora MARÍA ESTELA DÍAZ RODRÍGUEZ (vinculada).
- El 9 de mayo de 2012 la accionante solicitó a la entidad *"investigar el fallecimiento del señor Barreto, debido a que se enteró que faltó muchas veces a su tratamiento oncológico"*.

- El 4 de julio de 2014 la señora González presentó un derecho de petición ante CREMIL tendiente al reconocimiento de la sustitución pensional, solicitud que fue resuelta a través del Oficio CREMIL 70310-70314.

1.3. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN.

Considera la parte demandante como violadas las siguientes disposiciones:

Constitución Política: artículos 1°, 6°, 13, 29, 48 y 121.

Como concepto de violación expuso que con la expedición de los actos acusados, CREMIL vulneró los derechos a la dignidad humana, igualdad, debido proceso y seguridad social de la accionante. Además afirmó que la negativa de la entidad representa un desconocimiento de conceptos constitucionales *"tomando esta actuación como una infracción a la Carta Política, a los principios de la no extralimitación de funciones y de legalidad en las actuaciones estatales"*.

Se refirió al alcance de la sustitución pensional y a la compañera permanente como beneficiaria de la prestación en los términos de la Ley 100 de 1993 y citó como precedentes lo dispuesto por la H. Corte Constitucional en sentencia C-081-de1991, la H. Corte Suprema de Justicia en providencia del 17 de abril de 1998 Rad 10406 y por el H. Consejo de Estado en decisión del 1° de julio de 1993.

Insistió en que si bien existió una liquidación de la sociedad *"esta fue únicamente de patrimonio, pues ante la amenaza de una tercera persona en la relación es natural querer defender lo que por años de trabajo se ha podido conseguir, es por esto que [la demandante] al conocer el hecho que el señor Barreto sostenía una relación con la señora María Estela Díaz ella decidió liquidar el patrimonio surgido de la unión marital de hecho"*. Así mismo, alegó que pese a no encontrarse conviviendo en el mismo apartamento el causante *"buscaba"* continuamente a la demandante.

Agregó que en el caso particular se desconocieron las agresiones adelantadas contra la demandante por la señora MARÍA ESTELA DÍAZ quien fue contratada inicialmente como empleada del servicio *"pues no solo enamoró al señor Barreto un señor de 90 años de edad (...) sino que también se dedicó a hacerle daño [a la accionante] tanto física como psicológicamente, pues la tiro debajo de un carro y continuamente la amenazaba diciéndole que se lo iba a robar"* entre otros aspectos.

Sostuvo que tras el fallecimiento del causante la demandante se ha visto desprotegida en la medida que, pese a la falta de convivencia plena, era el quien se encargaba de pagar las cuotas del apartamento, los servicios públicos e impuestos, así como en ocasiones el mercado. Por tanto señaló lo que no le es posible a la accionante suplir todos sus gastos *"con una pensión de salario mínimo"*.

Citó diferentes precedentes jurisprudenciales y apartes normativos en relación con la convivencia simultánea entre la cónyuge y compañeras permanentes, resaltando que en estos eventos el

derecho pensional debe ser compartido entre estas dos beneficiarias en proporción al tiempo de convivencia.

Finalmente, alegó que no puede considerarse como beneficiaria a la vinculada dado que su relación con el señor HERNANDO BARRETO (q.e.p.d.) *"fue casual u ocasional, pues su relación era muy esporádica"*. Así mismo la accionante hizo afirmaciones en relación con el supuesto interés económico de la señora MARÍA ESTELA DÍAZ frente al causante al *realizar "actos muy precisos para hacerse notar (...) donde quedara consignado su nombre"*, contrario a la demandante a quien *"solo le interesaba estar acompañada por el hombre de su vida y por el cual sufrió tanto"*.

1.4. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

1.4.1. CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES – CREMIL²

Explicó que el señor HERNANDO BARRETO (q.e.p.d.) se desempeñó como técnico jefe de la Fuerza Área y que mediante Acuerdo No. 529 de 1959 aprobado con Resolución No. 0615 del 26 de febrero de 1960 le fue reconocida una asignación de retiro a partir del 20 de diciembre de 1959 en cuantía del 85%.

Indicó que el citado militar falleció el 25 de junio de 2011 y que el 6 de julio de 2011 la señora MARÍA ESTELA DÍAZ RODRÍGUEZ solicitó el reconocimiento de una sustitución pensional, allegando entre otros documentos una declaración juramentada en la que afirmó haber convivido con el causante durante 10 años y 6 meses *"compartiendo mesa, techo y lecho"* hasta el día de su fallecimiento, razón por la cual, mediante Resolución No. 3635 del 26 de julio de 2011 le fue otorgada la prestación reclamada.

Señaló que el 18 de noviembre de 2011 la demandante solicitó el reconocimiento de una sustitución pensional a su favor aportando, entre otros documentos, una declaración juramentada en la que indicó que convivió con el causante en unión marital de hecho desde el *"27 de mayo de del año mil novecientos sesenta y uno (1971) sic"* hasta el 25 de febrero de 2005. En este punto, resaltó que dicho requerimiento fue negado a través de la Resolución No. 6047 del 23 de diciembre de 2011, decisión que fue confirmada en la Resolución No. 3486 del 12 de junio de 2012.

Agregó que mediante escritos presentados el 13 de marzo y el 7 de junio de 2012 la señora ELVIRA MÉNDEZ DE BARRETO (vinculada) en calidad de cónyuge solicitó *"el reconocimiento de la pensión de beneficiarios del señor Técnico Jefe (r.) de la Fuera Área HERNANDO BARRETO PEDRAZA allegando para el efecto declaración de convivencia con el militar"*, requerimiento que fue negado a través de la Resolución No. 4116 del 19 de julio de 2012.

Frente a la controversia planteada, sostuvo que al expedir de los actos acusados *"se estableció que no existen elementos de juicio para determinar que efectivamente la peticionaria se encontraba conviviendo con el mencionado militar, en el momento del fallecimiento bajo un mismo techo en una"*

² Folios 107 a 112 del expediente

relación de afecto y ayuda mutua", por lo que es claro que la negativa de la entidad se encuentra conforme a derecho y atiende a lo dispuesto en el artículo 11 del Decreto 4433 de 2004, por medio del cual se fija el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública, pues en el caso particular no se acreditó la existencia de una unión marital de hecho entre el causante y la accionante para que le sea reconocida a esta última la prestación en calidad de compañera permanente.

Alegó que no puede condenarse a la entidad a un doble pago en detrimento de los intereses del Estado toda vez que como se indicó en precedencia, la sustitución pensional *"viene siendo pagada a favor de la señora MARÍA ESTELA DÍAZ RODRÍGUEZ en calidad de compañera permanente en un (100%) desde la fecha de fallecimiento del militar, es decir, el 25 de junio de 2011"*. En este punto, solicitó que en el evento en que se acceda a las pretensiones de la demanda, se ordene el pago desde la ejecutoria del fallo y no desde la muerte del causante pues ello podría representar condenar a la entidad a cancelar dos veces la misma prestación periódica.

Finalmente, propuso como excepciones las que denominó *"no configuración de falsa motivación en las actuaciones de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares"* y *"no configuración de causal de nulidad"*.

1.4.2. MARÍA ESTELA DÍAZ RODRÍGUEZ - VINCULADA³

La apoderada de la señora vinculada manifestó su oposición a las pretensiones de la demanda afirmando que aunque la accionante tuvo unión marital de hecho con el causante, esta finalizó el 8 de octubre de 2004 según lo establecido por el Juzgado 9 de Familia de Bogotá, de manera que en el presente asunto la parte interesada solo *"trata de arrimar las fechas un poco más al deceso del señor BARRETO PEDRAZA, para dar credibilidad a su testimonio y en el peor de los casos para lograr una pensión compartida"*.

Sostuvo que si bien no tuvo conocimiento pleno del tipo convivencia, el propio señor HERNANDO BARRETO (q.e.p.d.) respecto a su relación con la accionante indicó ante el referido juzgado: *"en el apartamento del conjunto Manuel Mejía, viví con ella como un poco más de 12 años, según mis cuentas. En ese tiempo siempre permanecía allí, aunque hubo discordias y en esa época ella dormía en la sala"*, de manera que no puede considerarse que se tratara de una pareja en armonía.

Resaltó que tras la terminación de la relación, la accionante *"siempre perseguía al señor HERNANDO BARRETO y pretendía hacerse pasar como su esposa"*, pese a que desde la disolución de la sociedad patrimonial el causante *"corto todo vínculo"* con la misma. Así mismo, afirmó que la demandante ingresó a la habitación del Hospital en el que se encontraba el causante, se aprovechó de su estado mental y *"con huellero en mano"* lo hizo firmar un documento en el que se indicaba que ella sería la beneficiaria de la sustitución pensional *"no siendo este el trámite adecuado para ello"*.

Insistió en que su unión marital de hecho con el señor HERNANDO BARRETO (q.e.p.d.) data del año 2000 y sí perduró hasta el momento del fallecimiento de este, aunado a que nunca fue

³ Folio 214 a 220 del expediente

empleada del servicio del citado *"y mucho menos de la señora MARÍA BERTHA GONZÁLEZ DE GUZMÁN, por el contrario ésta última sí fue hace años empleada del señor BARRETO PEDRAZA"*. Además, destacó que para la fecha en que se alega en la demanda se efectuó la supuesta vinculación laboral, ya tenía una relación con el causante.

Alegó que convivió de forma permanente con el causante y que *"tuvieron una buena relación como pareja a partir del año 2000"* siendo la persona encargada de su cuidado y acompañamiento, *"a tal punto que el señor HERNANDO BARRETO realizó todas las gestiones tendientes a afiliarse y reconocer a la señora MARÍA ESTELA DÍAZ RODRÍGUEZ como su compañera permanente y por lo tanto única beneficiaria no solo de los servicios médicos sino de la pensión de sobrevivientes"*.

Explicó que fue condenada en el proceso de lesiones personales por falta de defensa técnica e insistió en que la demandante *"se ha dedicado a interponer una cantidad de acciones"* en su contra como la denuncia por homicidio que *"no prosperó como la mayoría que interpuso"*.

Finalmente, propuso como excepciones las que denominó como *"sustitución pensional a favor de María Estela Díaz Rodríguez e Inexistencia de la sustitución pensional a favor de la señora María Bertha González de Guzmán"* e *"ineptitud de demanda por falta de requisitos formales"*, este último señalando que las pretensiones invocadas en la conciliación no coinciden en su totalidad con las formuladas en la demanda.

1.4.3. ELVIRA MÉNDEZ DE BARRETO (VINCULADA)

El curador ad-litem designado⁴ no se pronunció en esta etapa procesal.

II. DECISIÓN JUDICIAL OBJETO DE IMPUGNACIÓN⁵

Mediante sentencia proferida el 7 de marzo de 2018, el Juzgado Veintisiete (27) Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá, dispuso acceder parcialmente a las pretensiones de la demanda con fundamento en los siguientes argumentos:

El *a quo* encontró probado que el señor HERNANDO BARRETO (Q.E.P.D.) le fue reconocida una asignación de retiro mediante la **Resolución No. 529 de 1959** y que, de conformidad con el Registro Civil de Defunción aportado, el referido militar falleció el 25 de junio de 2011, razón por la cual las señoras ELVIRA MÉNDEZ DE BARRETO, MARÍA BERTHA GONZÁLEZ DE GUZMÁN y MARÍA ESTELA DÍAZ RODRÍGUEZ, en calidad de cónyuge supérstite y compañeras permanentes, respectivamente, solicitaron el reconocimiento y pago de una sustitución pensional, prestación que fue reconocida solo a favor de la señora Díaz Rodríguez a través de la **Resolución 3636 del 26 de julio de 2011**.

Destacó que conforme a la sentencia proferida por el Juzgado Noveno de Familia de Bogotá se tiene que entre el señor HERNANDO BARRETO (q.e.p.d.) y la señora María Bertha González de

⁴ Folio 340 del expediente

⁵ Folios 431 a 439 del expediente

Guzmán existió una unión marital de hecho desde el 31 de diciembre de 1990 hasta el 8 de octubre de 2004, *"declarándose disuelta y en estado de liquidación la sociedad patrimonial entre compañeros permanentes"*. Además, resaltó que conforme a lo señalado en la demanda se puede concluir que el causante *"se distanció de la señora González de Guzmán el 23 de febrero de 2005, pues no convivía con ella, a pesar de sus visitas constantes a la residencia de esta y que asistía solo al médico por su propia voluntad"*.

Sostuvo que a partir de la prueba testimonial recaudada se advierte que *"el causante compartió su vida con las señoras María Bertha González y María Estela Díaz, en forma simultánea, hasta el año 2008, fecha en la que el señor Hernando Barreto Pedraza dejó de movilizarse por sus propios medios, circunstancia que condujo a que conviviera con la señora Díaz hasta el día de su muerte"*. Sin embargo, en aparte posterior, indica que el vínculo se advierte hasta el año 2009 y señala que estos testimonios también permiten demostrar el grado de dependencia de la demandante y dan cuenta del desarrollo de su vida en pareja a pesar de la liquidación de la sociedad patrimonial, en tanto *"continuaron su convivencia marital, indistintamente de las ausencias temporales del hogar que se presentaron con frecuencia"*.

Afirmó que en el plenario se demostró que la persona que veló por su cuidado y convivió de manera permanente y efectiva con el señor HERNANDO BARRETO (Q.E.P.D.) durante los últimos cinco años de vida fue la señora Díaz Rodríguez, aspecto que se acredita con la declaración juramentada rendida por el propio causante en el año 2010, su afiliación a la Dirección de Sanidad Militar como beneficiaria del citado la cual data desde el 31 de marzo de 2006 y *"las afirmaciones que en distintos documentos hace la demandante"*.

No obstante lo anterior, explicó que el señor HERNANDO BARRETO (Q.E.P.D.) también se encontraba en compañía de la demandante, de manera que si bien no puede equiparse la relación del causante con la citada vinculada con aquella que tuvo con la demandante, con esta última *"el difunto siguió compartiendo intermitentemente techo y mesa, probablemente en un estado de desconfianza y desazón por la infidelidad del varón, al fin al cabo continuó contribuyendo a sufragar sus gastos de manutención de ese núcleo familiar y por parte de ella se conservó una actitud de apoyo y solidaridad con él"*.

Además insistió en que existió un *"ánimo de convivencia"* entre la demandante y el difunto al nivel que en memorial suscrito el 7 de enero de 2011 el señor Barreto la reconoció como compañera permanente y *"única beneficiara de la pensión de vejez que también le reconoció el Instituto de Seguro Social, pues debe precisarse que si bien no lo hizo de manera expresa, la ley solo atribuye este beneficio a la cónyuge y a la compañera permanente, condición que se encuentra asidero en el carné del referido seguro, en el cual figuraba como beneficiaria de los servicios de salud que le brindaban al causante en su calidad de cotizante"*.

Resaltó que en los eventos en que *"se demuestre que el causante constituyó de manera paralela dos núcleos familiares con vocación de estabilidad y permanencia, sin mediar vínculo formal, es decir, por la simple voluntad de establecer una comunidad de vida, la pensión debe ser repartida en forma proporcional al tiempo de convivencia, siempre demuestren el cumplimiento de la exigencias legales"*. Al respecto,

consideró que en el sub lite se encuentra demostrado que el causante sí compartió sus ingresos y mantuvo vínculos de afecto personal y ayuda mutua con ambas compañeras permanentes, los últimos cinco años de su vida con la vinculada la señora MARÍA ESTELA DÍAZ RODRÍGUEZ y hasta el año 2008 con la demandante la señora MARÍA BERTHA GÓNZALEZ DE GUZMÁN, razón por la cual concluyó que con el fin de preservar los beneficios económicos que causante brindaba a la accionante es procedente acceder parcialmente a las pretensiones de la demanda.

Respecto de la segunda vinculada, esto es, la señora ELVIRA MÉNDEZ DE BARRETO en calidad de cónyuge sobreviviente explicó que no le asiste derecho alguno comoquiera que la sociedad conyugal con el señor HERNANDO BARRETO (q.e.p.d.) fue liquidada mediante escritura pública No. 11626 del 14 de diciembre de 1987 y conforme a lo dispuesto en el artículo 12 del Decreto 4433 de 2004 *"cuando se haya disuelto la sociedad conyugal o exista separación legal y definitiva de cuerpos por un espacio superior a 5 años no habrá lugar a reclamar tal prerrogativa"*.

Finalmente, resolvió i) declarar infundadas las excepciones propuestas, ii) declarar la nulidad de los actos administrativos acusados, iii) condenar a la demandada a *"continuar pagando la sustitución de la asignación mensual de retiro reconocida a la señora María Estela Díaz Rodríguez (...) en un sesenta por ciento (60%) y a reconocer y pagar la sustitución de la asignación mensual de retiro a favor de la señora María Bertha González de Guzmán (...) en un cuarenta por ciento (40%), a partir del 25 de junio de 2011, sumas estas que deberán ser actualizadas con base en el índice de precios al consumidor certificado por el DANE"*, iv) negar las demás pretensiones de la demanda, v) cancelar la medida cautelar decretada en proveído del 7 de abril de 2016, *"consistente en la suspensión del pago del 50% de la sustitución de la asignación mensual de retiro devengada por la señora María Estela Díaz Rodríguez"*, y vi) condenar en costas a la accionada.

III. DE LOS RECURSOS DE APELACIÓN

3.1. CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES – CREMIL⁶

El apoderado de accionada manifestó su inconformidad respecto a la costas y agencias en derecho señalando que en el sub lite la entidad *"no ha realizado actos dilatorios, ni temerarios, ni encaminados a perturbar el procedimiento"*, por lo que no hay lugar a condena alguna por este concepto, aspecto ante el cual citó lo dispuesto por el H. Consejo de Estado en providencia del 5 de octubre de 2001 Exp. 12425, el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011 y el artículo 392 del CPC. Así mismo, solicitó se evalúen en conjunto las actuaciones de la entidad y el mérito de la condena en costas.

Insistió en que en los términos del literal C del numeral 1° del artículo 164 del CPACA no hay lugar a recuperar prestaciones pagadas a particulares de buena fe, de manera que no se puede condenar a la entidad a cancelar dos veces la misma prestación periódica en detrimento de los intereses del Estado. Al respecto, resaltó que la sustitución pensional del señor HERNANDO RODRÍGUEZ (q.e.p.d.) viene siendo cancelada a favor de la señora María Estela Díaz en cuantía

⁶ Folios 445 a 446 del expediente

del 100% en su calidad de compañera permanente, de manera que si esta instancia considera que le asiste derecho a la accionante tal reconocimiento *"debe operar desde la fecha de ejecutoria del fallo que así lo dispone, o desde la fecha de suspensión de la orden interna y no a partir de la fecha del reconocimiento, toda vez que los actos administrativos proferidos en el caso bajo estudio tuvieron como fundamento LA LEY"*.

Finalmente, solicitó se revoque la sentencia de primera instancia, específicamente en su numeral sexto y en su lugar, se exonere a la entidad de la condena en costas.

3.2. MARÍA ESTELA DÍAZ (VINCULADA)⁷

La apoderada de la vinculada manifestó su oposición a lo resuelto en primera instancia afirmando que se efectuó una indebida valoración probatoria, desconociendo que con lo aportado se acredita que la convivencia entre la demandante y el señor HERNANDO BARRETO (q.e.p.d.) tuvo lugar solo hasta el **23 de febrero de 2005**, caso contrario a la señora MARÍA ESTELA DÍAZ cuya convivencia, acompañamiento y solidaridad con el causante se mantuvo hasta el momento de su fallecimiento, como se evidencia con la historia clínica del causante y las fotografías allegadas por el testigo LEONARDO GÓMEZ DÍAZ.

Agregó que los documentos aportados al plenario permiten evidenciar que no existía una relación armónica entre la señora González de Guzmán y el difunto en tanto la accionante adelantó distintos hechos intimidantes contra él mismo tal como se desprende de la denuncia presentada por el causante en su contra ante la Fiscalía 264 Local de Bogotá el 14 de septiembre de 2005 y obrante a folios 241 y 242 del expediente y del memorial suscrito por la hija del mismo y obrante a folio 245 donde solicitó se le restringieran las visitas a la señora González y *"donde manifiesta que la única persona que cuida a su padre es la señora María Estela Díaz, documento que a todas luces evidencia que no existía ninguna aceptación de la señora MARÍA BERTHA GONZÁLEZ, pues los familiares del señor HERNANDO BARRETO siempre tuvieron conocimiento de la pésima relación que hubo entre ellos, de la persecución e incluso de la denuncia que HERNANDO BARRETO tuvo que presentar para lograr llevar una vida en paz con su compañera MARÍA ESTELA DÍAZ"*.

Señaló que en sus declaraciones los testigos se contradicen en los siguientes aspectos; i) cual fue el último domicilio común de la pareja pues mencionan dos sitios distintos pese a ser este *"un aspecto tan relevante"*, ii) el año en que finalizó la unión, ii) el tiempo y lugar en el que conocieron a la señora MARÍA BERTHA GONZÁLEZ, iv) el momento en el que se enteraron del fallecimiento del causante, lo que denota su clara intención de favorecer a la accionante.

Manifestó su inconformidad frente a la conclusión del Despacho de primera instancia referente a que *"el señor HERNANDO BARRETO pudo movilizarse hasta el año 2008 y hasta ese momento tuvo convivencia simultánea con la demandante MARÍA BERTHA GONZÁLEZ y MARÍA ESTELA DÍAZ"*, pues considera que ninguno de los testimonios hizo esta afirmación por lo que *"entonces son simples conjeturas a las que llega el Juez"*.

⁷ Folios 456 a 460 del expediente

Insistió en que no se encuentra probado el *"ánimo de convivencia"* mencionado por el *a quo*, pues se pretende hacer valer un documento que si bien no fue tachado de falso en su momento, data del año 2011 y en el que se advierte que la firma no corresponde a la del causante y si *"así lo fuera en las condiciones médicas que él tenía podría haber sido manipulado para firmar cualquier documento, en segundo lugar este no es el mecanismo legal para reconocer la convivencia"*. En este punto, también hizo mención a una de las afirmaciones de la testigo GLADYS MONTEALEGRE BRAVO quien señala que acompañó a la demandante a visitar en el hospital al señor HERNANDO BARRETO (q.e.p.d.) momento en el cual firmó el referido documento, *"indicando que fue como en el año 2007 entonces no se entiende porque la fecha del documento es del año 2011"*.

Alegó que la afirmación de los testigos referente a que la accionante era la persona encargada de acompañar al causante a sus controles médicos es contraria a lo manifestado en el propio escrito de demanda y en lo incluido en la historia clínica donde se evidencia que quien figura como acompañante es la señora MARÍA ESTELA DÍAZ. Así mismo, resaltó que en los testimonios se narra un supuesto maltrato hacia el señor HERNANDO BARRETO (q.e.p.d.) el cual corresponde a una suposición y de haberse presentado, al tratarse de una persona que asistía constantemente a citas médicas por su condición de salud la autoridad médica lo habría denunciado, de advertirlo.

Finalmente, indicó que lo aportado al expediente y las inconsistencias advertidas permiten advertir que el juez de primera instancia efectuó una indebida valoración probatoria en tanto no existió convivencia entre el señor HERNANDO BARRETO (q.e.p.d.) y la señora MARÍA BERTHA GONZÁLEZ durante los últimos cinco años de vida del causante, situación que desconoce la jurisprudencia proferida en materia de sustitución pensional, aspecto ante el cual citó lo dispuesto por la H. Corte Constitucional en sentencia T-030 de 2013.

IV. ALEGATOS FINALES DE LAS PARTES

La **parte demandante**⁸ reiteró los hechos narrados en la demanda y sostuvo que conforme a lo aportado al expediente se tiene acreditado el derecho que le asiste *"para acceder a la pensión de sobrevivientes de su compañero permanente Hernando Barreto"*, señalando que aunque en la sentencia proferida el 25 de agosto de 2005 por el Juzgado Noveno 9° de Familia se estableció que la relación estuvo vigente del 31 de diciembre de 1990 al 8 de octubre de 2004, ello no significa la cesación de los efectos civiles de esa unión marital.

Alegó que el testimonio rendido por la señora ANA MARÍA ROMERO brinda credibilidad al proceso respecto de la relación de la accionante con el causante, pues al ser un miembro de la Iglesia Cristiana con estudios teológicos y vocación espiritual, tenía además un grado de confianza y amistad con el mismo, al punto de tener conocimiento *"de que había otra mujer entorpeciendo la relación"*. Así mismo se refirió a los demás testimonios recaudados resaltando el nivel de cercanía con el referido señor Barreto y la demandante y afirmando que a partir de las

⁸ Folios 494 a 498 del expediente

declaraciones rendidas se puede establecer que la relación y la convivencia continuó *"hasta el año 2011"*.

Efectúo una serie de afirmaciones tendientes a señalar que la relación del causante con la vinculada se redujo a un nivel físico o pasional y que no ostentaba el ánimo de convivencia y de formalizar un hogar a diferencia de aquella que sostuvo con la señora GÓNZALEZ DE GUZMÁN *"la cual siempre se basó en el amor y en el cuidado fraternal del uno con el otro"*, lo que demuestra que existió un proyecto de vida común hasta el momento de su fallecimiento.

Finalmente, solicitó se revoque parcialmente la sentencia de primer grado y en su lugar, *"declarar como única beneficiaria de la pensión de sobrevivientes del señor Hernando Barreto Pedraza a la señora María Bertha y a título de restablecimiento del derecho ordenar a la CREMIL reconocer y pagar a [la demandante] la pensión de sobrevivientes"*.

La entidad accionada y las señoras vinculadas guardaron silencio en esta etapa procesal.

El Ministerio Público no rindió concepto.

V. CONSIDERACIONES

5.1. COMPETENCIA.

Conforme lo dispone el artículo 153 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en concordancia con lo establecido en el artículo 328 del Código General del Proceso, y siendo que la sentencia objeto del recurso de apelación fue proferida en primera instancia por el **Juzgado Veintisiete (27) Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá**, esta Sala de Subsección del Tribunal Administrativo de Cundinamarca es competente para decidir el asunto en segunda instancia.

5.2. PROBLEMA JURÍDICO.

Una vez examinado el contexto del litigio, la Sala considera que en la presente oportunidad el problema jurídico por resolver, se contrae a determinar si la demandante tiene derecho al reconocimiento de la sustitución pensional que reclama con ocasión al fallecimiento del señor HERNANDO BARRETO (q.e.p.d.).

5.3. CUESTIÓN PREVIA

Advierte la Sala que el 14 de febrero de 2019⁹ la señora MARÍA BERTHA GONZÁLEZ DE GUZMÁN a nombre propio presentó un memorial en el que indicó:

"(...) [S]olicito a usted se sirva ordenar la suspensión de la pensión (...) a la señora Stella Díaz. Toda vez que yo soy la única beneficiaria y legítima esposa del señor Hernando Barreto (...) Es urgente que me solucionen esto para suplir mis necesidades básicas (...)".

⁹ Folios 493 del expediente

Debe resaltarse que la solicitud fue presentada a nombre propio y no mediante apoderado judicial reconocido en el expediente, por lo que se considera que no se encontraba facultada para la presentación de tal requerimiento, además de no ser la etapa procesal pertinente para el efecto. En ese sentido, de forma previa a la sentencia no se hizo necesario resolver nada sobre el particular.

De igual forma, se tiene que el escrito pretende hacer extensiva la solicitud de medida cautelar presentada en su momento por la apoderada de la accionante en el escrito introductorio, así:

"Solicito Señor Juez, se suspenda el pago de la pensión a la señora María Estela Díaz Rodríguez hasta tanto se verifique el derecho de mi representada en el proceso".

De la solicitud anterior se corrió traslado mediante auto del 5 de junio de 2015⁹ y a través de proveído del 7 de abril de 2016¹⁰ se decretó como medida cautelar *"la suspensión del 50% del pago de la pensión devengada actualmente por la señora María Estela Díaz Rodríguez"*, decisión que ya fue levantada en la sentencia que hoy se controvierte, por lo que corresponde a la Sala resolver de fondo el asunto.

De otra parte se advierte que, aunque no fue manifestado por ninguna de las partes, al consultar en la base de datos del Registro Único de Afiliados con los datos de la accionante la búsqueda arroja el siguiente resultado:

"La persona está fallecida de acuerdo a la información reportada en las tablas de referencia del Ministerio de Salud y Protección Social. Debe consultar en la Registraduría Nacional del Estado Civil"

Expuesto lo anterior, precisa la Sala que conforme a lo dispuesto en el artículo 76 del CGP, la muerte del mandante o la extinción de las personas jurídicas, no pone fin al mandato judicial si ya se ha presentado la demanda, ello sin perjuicio de los eventos en que el libelo introductor no se ha radicado, situación en la que esta situación sí pone fin al mandato.

De igual forma, debe recordarse que el artículo 68 del CGP dispone:

ARTÍCULO 68. SUCESIÓN PROCESAL. *<Inciso modificado por el artículo 59 de la Ley 1996 de 2019. El nuevo texto es el siguiente:> Fallecido un litigante o declarado ausente, el proceso continuará con el cónyuge, el albacea con tenencia de bienes, los herederos o el correspondiente curador.*

Si en el curso del proceso sobreviene la extinción, fusión o escisión de alguna persona jurídica que figure como parte, los sucesores en el derecho debatido podrán comparecer para que se les reconozca tal carácter. En todo caso la sentencia producirá efectos respecto de ellos aunque no concurran.

El adquirente a cualquier título de la cosa o del derecho litigioso podrá intervenir como litisconsorte del anterior titular. También podrá sustituirlo en el proceso, siempre que la parte contraria lo acepte expresamente.

Las controversias que se susciten con ocasión del ejercicio del derecho consagrado en el artículo 1971 del Código Civil se decidirán como incidente.

Atendiendo a la norma en cita es claro que con ocasión al fallecimiento del demandante, en todo caso la sentencia producirá efectos aunque los sucesores no concurren al proceso. En tal sentido, se considera que en el presente asunto puede dictarse decisión de fondo sin que sea necesaria la interrupción de la controversia, pues la parte accionante sí se encuentra representada.

5.4 ANÁLISIS NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL.

5.4.1. La sustitución pensional.

Sea lo primero señalar que, el ordenamiento jurídico colombiano ha contemplado la sustitución pensional como un mecanismo de seguridad social orientado a proteger, entre otros, a los allegados del titular de una pensión.

La prestación tiene como objeto garantizar a los sobrevivientes, regularmente, al cónyuge supérstite o al compañero o compañera permanente y por supuesto a los hijos, la disposición de unos recursos para su digno sostenimiento en forma tal que el deceso del pensionado o afiliado no signifique una ruptura que afecte la subsistencia del núcleo familiar más próximo del causante; así, la sustitución pensional responde a la necesidad de mantener para sus beneficiarios al menos el mismo grado de seguridad social y económica con que contaban en vida del fallecido, derecho que al desconocerse puede significar la desprotección y total desamparo de los beneficiarios, e incluso la afectación de sus derechos fundamentales.

Se trata entonces de una prestación establecida por el legislador para proteger a los beneficiarios, frente a la contingencia de la muerte del causahabiente y evitar que su deceso ocasione un cambio repentino de las condiciones económicas necesarias para garantizar la subsistencia del respectivo núcleo familiar.

Así, en la sentencia C – 1094 de 2003, la Corte Constitucional señaló que:

“... Por su parte, el legislador ha dispuesto que el sistema general de pensiones tiene por objeto garantizar a la población, el amparo contra las contingencias derivadas de la vejez, la invalidez y la muerte, mediante el reconocimiento de las pensiones y prestaciones que se determinan en ley, así como propender por la ampliación progresiva de cobertura a los segmentos de población no cubiertos con un sistema de pensiones.

La pensión de sobrevivientes constituye entonces uno de los mecanismos instituidos por el legislador para la consecución del objetivo de la seguridad social antes mencionado. La finalidad esencial de esta prestación social es la protección de la familia como núcleo fundamental de la sociedad, de tal suerte que las personas que dependían económicamente del causante puedan seguir atendiendo sus necesidades de subsistencia, sin que vean alterada la situación social y económica con que contaban en vida del pensionado o afiliado que ha fallecido. Por ello, la ley prevé que, en aplicación de un determinado orden de prelación, las personas más cercanas y que más dependían del causante y compartía con él su vida, reciban una pensión para satisfacer sus necesidades (...).”

Así de conformidad con el artículo 11 del Decreto 4433 de 2004, se tiene que, tendrán derecho a la sustitución pensional, entre otros, los miembros del grupo familiar del pensionado que fallezca, advirtiéndose tres grupos de beneficiarios excluyentes entre sí, toda vez que a falta de uno lo

sucedirá el otro, así: (i) cónyuge o compañera permanente e hijos con derecho; (ii) padres con derecho; y (iii) hermanos con derecho.

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

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

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

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

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

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

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

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

b) En forma temporal, el cónyuge o la compañera permanente supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga menos de treinta (30) años de edad, y no haya procreado hijos con este. La sustitución de la asignación de retiro o de la pensión de invalidez temporal se pagará mientras el beneficiario viva y tendrá una duración máxima de 20 años.

En este caso, el beneficiario deberá cotizar al sistema para obtener su propia pensión, con cargo a dicha sustitución. Si tiene hijos con el causante se aplicará el literal anterior. Si respecto de un titular de asignación de retiro o pensionado por invalidez hubiese un compañero o compañera permanente, con sociedad anterior conyugal no disuelta y derecho a percibir parte de la pensión de que tratan los literales a y b del presente parágrafo, dicha pensión se dividirá entre ellos (as) en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido.

En caso de convivencia simultánea en los últimos cinco años, antes del fallecimiento del causante entre un cónyuge o compañera o compañero permanente, la beneficiaria o el beneficiario de la sustitución de la asignación de retiro o de la pensión de invalidez o de la pensión de sobreviviente será la esposa o el esposo.

Si no existe convivencia simultánea y se mantiene vigente la unión conyugal pero hay una separación de hecho, la compañera o compañero permanente podrá reclamar una cuota parte de lo correspondiente al literal a en un porcentaje proporcional al tiempo convivido con el causante siempre y cuando haya sido superior a los últimos cinco años antes del fallecimiento del causante. La otra cuota parte le corresponderá a la cónyuge con la cual existe la sociedad conyugal vigente.

El legislador expidió la Ley 923 de 2004 "*mediante la cual se señalan las normas, objetivos y criterios que deberá observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública*"; que en tratándose de sustitución pensional enunció en su artículo 7 a los beneficiarios de la sustitución de la pensión, asignación de retiro y pensión de invalidez; disposición que fue desarrollada por el artículo 40 del Decreto 4433 de 2004 según el cual tendrá tal calidad, entre otros, a la compañera permanente.

Así pues, la norma en cita consagra entre otros, el derecho que le asiste al reconocimiento de la sustitución pensional, principalmente tanto a la cónyuge como a la compañera permanente supérstite; claro está, con la acreditación de los requisitos que corresponda a cada una, de conformidad con la calidad que aduzca y la situación fáctica y jurídica que se alegue.

En lo que corresponde a la compañera permanente debe resaltarse que tanto la normativa aplicable como la jurisprudencia han establecido que sólo le será reconocido el derecho al demostrar que el mencionado lapso de convivencia (5 años) tuvo ocurrencia **en el tiempo inmediatamente anterior al fallecimiento del causante**.

En palabras de la Corte Constitucional, a la peticionaria le corresponde demostrar que no se trata de relaciones casuales, circunstanciales, incidentales, ocasionales, esporádicas o accidentales que haya podido tener en vida el causante; pues el criterio definido por la norma para determinar el beneficiario tiene que ver con la convivencia caracterizada por la clara e inequívoca vocación de estabilidad y permanencia¹⁰.

Siendo ello así, corresponde al juzgador de instancia valorar aspectos tales como: el auxilio o apoyo mutuo, la convivencia efectiva, la comprensión y la vida en común al momento de la muerte y la dependencia económica de la potencial beneficiaria¹¹; criterio que ratificó el Consejo de Estado en sentencia de 1 de diciembre de 2016¹², en la que estableció los aspectos que se deben ser apreciados para obtener el reconocimiento de la sustitución pensional:

*«En ese orden de ideas, resulta relevante examinar cada uno de los testimonios que se rindieron dentro del proceso, para efectos de definir el derecho de la demandante y la tercera interviniente para percibir la pensión que en vida disfrutaba el causante, **atendiendo aspectos como la convivencia de familia, apoyo, auxilio, socorro y solidaridad,**»*

Así entonces, para efectos de determinar quién es el llamado a beneficiarse de la sustitución pensional deben primar la convivencia plena y permanente, un apoyo afectivo y una comprensión por parte de la pareja. Respecto, a ese denominado acompañamiento permanente, la Corte Suprema de Justicia¹³ citada por el órgano Cierre de la Jurisdicción de lo Contencioso

¹⁰ Sentencia C – 1038 de 2008.

¹¹ Consultar entre otras decisiones, la sentencia de 12 de junio de 2014, proferida dentro del proceso identificado con el número 540012331000200301297 01 (2336-2013). En esa oportunidad la Sala examinó el caso de una compañera permanente que convivió con el causante durante un lapso no inferior a 38 años debidamente acreditados, a quien le fue negado el reconocimiento de la sustitución pensional en tanto el pensionado mantenía vigente una unión conyugal.

¹² Sentencia Consejo de Estado, Expediente 66001-23-33-000-2013-00309-01, Número Interno 0399-16, Consejera Ponente Doctora Sandra Lisset Ibarra Vélez.

¹³ Corte Suprema de Justicia, sentencia de 8 de agosto de 2006, proferida dentro del radicado 27079.

Administrativo¹⁴ también ha señalado que el mismo se predica:

"(...) de quienes, además, han mantenido vivo y actuante su vínculo mediante el auxilio mutuo -elemento esencial del matrimonio según el artículo 113 del C.C.- entendido como acompañamiento espiritual permanente, apoyo económico y con vida en común que se satisface cuando se comparten los recursos que se tienen, con vida en común o aún en la separación cuando así se impone por fuerza de las circunstancias, ora por limitación de medios, ora por oportunidades laborales.»

Visto lo anterior, la determinación del derecho a la sustitución exige la demostración de auxilio o apoyo mutuo, la convivencia efectiva, la comprensión y la vida en común al momento de la muerte, factores que legitiman el derecho reclamado. Así también, deberá establecerse la dependencia económica de las personas potencialmente beneficiarias, y ello es así, ya que no puede olvidarse que la sustitución pensional tiene precisamente como objeto impedir que una vez sobrevenga la muerte de uno de los miembros de la pareja, el otro se vea impelido a soportar no sólo la carga espiritual que proviene del dolor por la ausencia definitiva de un ser querido, sino aquella carga material que implica asumir de manera individual las obligaciones que conlleva el mantenimiento propio y el de la familia.

5.4. ANÁLISIS CRÍTICO DEL CASO EN CONCRETO.

En el presente asunto se persigue la nulidad del **Oficio No. 320 CREMIL 70310-70314 del 17 de julio de 2014**, así como de las **resoluciones No. 6047 del 23 de diciembre de 2011 y No. 3486 del 12 de junio de 2012**, a través de los cuales CREMIL negó el reconocimiento y pago de una sustitución pensional a favor de la señora MARÍA BERTHA GÓNZALEZ DE GUZMÁN.

El a quo resolvió acceder a las pretensiones de la demanda señalando que el señor HERNANDO BARRETO (q.e.p.d.) convivió de forma simultánea, compartió sus ingresos y mantuvo vínculos de afecto personal y ayuda mutua con ambas compañeras permanentes, los últimos cinco años de su vida con la vinculada la señora MARÍA ESTELA DÍAZ RODRÍGUEZ y hasta el año 2008 con la demandante la señora MARÍA BERTHA GÓNZALEZ DE GUZMÁN, por lo que encontró procedente otorgar lo pretendido a efectos de preservar los beneficios económicos que el causante le brindaba a la accionante.

La entidad accionada recurrió lo decidido manifestando su inconformidad con la condena en costas y en cuanto no se puede ordenar que se cancele dos veces la misma prestación periódica en detrimento de los intereses del Estado, es decir, incluyendo el lapso ya reconocido a la vinculada. De otra parte, la vinculada la señora Díaz Rodríguez afirmó, entre otros aspectos, que en el plenario no se encuentra acreditado que la demandante haya convivido con el causante durante sus últimos cinco años de vida, por lo que acceder a lo pretendido sin el cumplimiento de esta exigencia representa un desconocimiento de la jurisprudencia proferida en materia de sustitución pensional.

¹⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda Subsección B; M.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez; Exp. 25000-23-42-000-2015-02046-01(3880-17), en sentencia de 26 de noviembre de 2018.

Ahora bien, a fin de resolver en debida forma la controversia planteada la Sala considera pertinente relacionar inicialmente los aspectos que se encuentran probados en el plenario y posteriormente efectuar el análisis de fondo del asunto, así:

Hechos acreditados respecto del causante

- El señor HERNANDO BARRETO (q.e.p.d.) nació el 31 de diciembre de 1918¹⁵.
- A través de la **Resolución No. 529 del 25 de noviembre de 1959**¹⁶ le fue reconocida una asignación de retiro en cuantía del "85% del sueldo de actividad" efectiva a partir del 20 de diciembre de 1959, por haberse desempeñado como Suboficial Técnico Jefe de la Fuerza Área.
- El 25 de junio de 2011¹⁷ el señor HERNANDO BARRETO (q.e.p.d.) falleció según se acredita con el Registro Civil de Defunción con indicativo serial 07117829 aportado al plenario.

De la unión marital de hecho entre de la demandante y el causante

- Mediante sentencia proferida el 25 de agosto de 2005¹⁸ el Juzgado Noveno (9°) de Familia resolvió declarar que la unión marital de hecho entre el señor HERNANDO BARRETO (q.e.p.d.) y la demandante existió a partir del **31 de diciembre de 1990** fecha en que entró en vigencia la Ley 54 de 1990 y **hasta el 8 de octubre de 2004** fecha de la presentación de la demanda. Así mismo dispuso "*declarar disuelta y en estado de liquidación la sociedad patrimonial*" formada.

Sin embargo, en dicho proveído se relacionó el interrogatorio de parte de la accionante donde indicó que la relación en cuestión inició en 1982 y se extendió solo hasta el 23 de febrero de 2005:

Con el señor HERNANDO BARRETO PEDRAZA convivimos desde 1982, eso fue como en el mes de junio después de que falleció mi esposo y hasta hace 15 días que Él me saco del apartamento me toco ir a la policía. Durante ese término la convivencia fue continúa nunca nos separamos, hasta el 23 de febrero del presente año. (...) Ingresos actualmente tengo el mínimo por parte del seguro social. Hace 15 días estoy viviendo en el mismo conjunto pero apartamento 204. HERNANDO BARRETO PEDRAZA vive en el apartamento que convivimos 21 años. La causa de la separación fue porque (...) se consiguió una amante de nombre STELA DÍAZ con 3 hijos y la tenía a dos cuatros (sic) donde vivíamos (...) Compartí lecho, techo y mesa con el señor HERNANDO BARRERO (sic) PEDRAZA desde 1983 y hasta el 23 de febrero de 2005. (Negrilla fuera del texto)

- En los testimonios recaudados en la audiencia de pruebas y en la continuación de la diligencia celebradas el 11 de julio de 2017¹⁹ y el 19 de julio de 2017²⁰, los testigos citados insisten en que existió una unión marital de hecho entre la demandante y el causante se caracterizó por el apoyo y auxilio mutuo. Al respecto indicaron:

¹⁵ Folio 16 del expediente

¹⁶ Folio 121 del expediente

¹⁷ Folio 17 del expediente

¹⁸ Folios 19 a 30 del expediente

¹⁹ Folio 363 367 del expediente

²⁰ Folios 381 a 382 del expediente

ANA MARÍA ROMERO

"(...) Haga al Despacho un relato de lo que le conste a usted acerca de la convivencia marital de la señora María Bertha González de Guzmán con el causante (...) del 2004 hacia acá (...) indicando como le llegó esa información a usted (...) Nosotros somos muy amigos con ellos, obvio a nivel espiritual mi esposo y yo con un grupo de amigos los pastoreábamos a ellos mucho (...) siempre los vimos muy unidos (...) pasaron los años paso 2005, 6, 7 en fin y la amistad se acrecentó (...) siempre estaban los dos el uno para el otro (...) usted vio a la señora MARÍA BERTHA GONZÁLEZ acompañar al señor HERNANDO BARRETO durante esos últimos cinco años al médico (...) si si claro ella era su soporte (...) pero yo si lo veía que él quería como zafarse de ella (...) A Ud le consta que haya existido una permanencia constante (...) se puede dar fe de que esa convivencia existía (...) fue testigo ud de que esta convivencia haya permanecido durante esos cinco años? (...) reitero (...) si ellos eran totalmente una pareja (...) él se perdía por días (...) y ella furiosísima (...) Cual fue el tiempo máximo que don Hernando se ausentó del hogar (...) no les puedo decir porque Bertha no me dijo (...) ella lloraba mucho (...) exactamente no se (...).

GLADYS MONTEALEGRE

El despacho quiere pedirle que nos haga un relato de lo que le costea usted acerca de esa convivencia marital y especialmente del año 2004 2005 hacia acá (...) Y conocí a María Berta. En el conjunto residencial Manuel Mejía, ella en ese entonces era la compañera permanente de Hernando Barreto y pues. Era curioso porque era una pareja, pues muy bonita, Eran vivían muy unidos, Berta vivía, lo cuidaba, vivía pendiente, aplicarle su insulina, vivía pendiente de su comida, o sea, ella lo quería, como como si fuera un niño pequeño.

- En relación con la finalización de la unión marital referida, observa la Sala que en declaración juramentada rendida el **3 de noviembre de 2011**²¹ ante la Notaria Cincuenta y Tres (53) de Bogotá, es decir con posterioridad al fallecimiento del causante, la propia accionante afirmó:

"DECLARO BAJO GRAVEDAD DE JURAMENTO lo siguiente:

Que conviví en UNIÓN MARITAL DE HECHO bajo el mismo techo y en forma permanente desde veintisiete (27) de mayo del año mil novecientos sesenta y uno (1971) sic durante treinta y cuatro años (34) años con el (la) señor (a) HERNANDO BARRETO PEDRAZA, hasta el veinticinco (25) de Febrero de dos mil cinco (2005) fecha en que desapareció encontrándose en estado de demencia cenil (sic) e indefensión, quien falleció el veinticinco (25) de Junio del 2011 (...).

De igual forma, en la declaración en cita aseguró que posterior a dicha fecha el causante se encontraba viviendo en la casa de la señora MARÍA ESTELA DÍAZ RODRÍGUEZ "de manera obligada".

El periodo de duración de la unión marital de hecho descrito en precedencia, es decir, que la relación se extendió hasta el 25 de febrero de 2005, es reiterado en las declaraciones juramentadas²² rendidas por los señores CLARIBEL RUBIO CARDONA y GLADYS MERCEDES LOZANO ALVAREZ.

No obstante, en los testimonios recaudados en el sub lite se afirmó que la relación se mantuvo hasta el año 2008 y hasta el año 2011:

²¹ Folio 135 vto del expediente

²² Folio 134 vto y 135 del expediente

ANA MARÍA ROMERO

"Un día [Bertha] me dijo estoy enterada de que Hernando anda con una empleada de nosotros de un restaurante (...) en el año 2011 en junio él estuvo ya muy malito como muy retraído quizás fue la última vez que lo vi, (...) desde que se murió ella vino en descenso. (...) **Quiero insistir en las circunstancias de tiempo modo y lugar** (...) hablar de manera general esa prueba no nos va a servir (...) los 31 de diciembre era en su casa o en la administración los cumpleaños y los 26 de agosto el cumpleaños de ella (...) **eso ocurrió cuando?** (...) eso ocurrió todo el tiempo (...) dentro de los últimos años? 2000 para acá, 2004 ... si (...) siempre por lo general íbamos (...) **recuerda la última vez que vio la pareja?** Si claro, si recuerdo que fue como en mayo junio exactamente discúlpeme no me acuerdo si fue en mayo o junio lo vi tan mal a él ya (...) y ella estaba como brava (...) **de que año específicamente?** Del 2011 (...) **manifiéstele al Despacho si ud conoce o conoció si el señor** (...) tenía otra pareja (...) pues la oía a ella con la pataleta (...) no tengo ni idea quien es (...) cuando ya Hernando murió me dijo que era la señora empleada de la cafetería la que le había robado su esposo (...) **usted vio a la señora MARÍA BERTHA GONZÁLEZ acompañar al señor HERNANDO BARRETO durante esos últimos cinco años al medico** (...) si si claro ella era su soporte (...) pero yo si lo veía que él quería como zafarse de ella (...) **Ud le consta que haya existido una permanencia constante** (...) **se puede dar fe de que esa convivencia existía** (...) **fue testigo ud de que esta convivencia haya permanecido durante esos cinco años?** (...) reitero (...) si ellos eran totalmente una pareja (...) el se perdía por días (...) y ella furiosísima (...) **Cual fue el tiempo máximo que don Hernando se ausentó del hogar** (...) no les puedo decir porque Bertha no me dijo (...)

BERTHA LEONOR SILVA BARRAGÁN

"El juzgado le va a solicitar nos haga un relato sobre hechos que acrediten la convivencia (...) especialmente durante el tiempo de finales del 2004 hacia acá si? **Precisando cuando ocurrieron esos hechos** (...) yo conocí a don Hernando aproximadamente hace 30 años cuando conocí a quien es mi esposo actualmente (...) nosotros nos casamos el 7 de enero del 85 del 95 perdón y yo iba todos los días donde ellos hasta el año 2011 (...) Doña Bertha le celebraba todos los años el cumpleaños (...) siempre hasta el año 2011 (...) los últimos años el tomo como unas visitas a un billar (...) después empezó la frecuencia (...) ya en los últimos dos tres años (...) ya el empezó a frecuentar ese billa donde tuvimos la certeza de que había conocido una mujer joven que trabaja en la cafetería de ese billar (...) él dejó ya aproximadamente después del 2011 de vivir con Doña Bertha ya sus últimos años. Sin embargo Doña Bertha continuaba sabiendo el lugar donde él se encontraba (...) **manifieste al Despacho si conoce o si recuerda una separación que ellos tuvieron durante esos últimos cinco años** (...) si haber ellos tenían discusiones (...) en alguna ocasión ellos tuvieron un inconveniente con el apartamento (...) el dejó el apartamento aproximadamente el (...) digo yo no más de dos o tres semanas (...) **manifieste al Despacho cual fue la última vez que usted vio la pareja** (...) el 31 de diciembre del 2011 en los cumpleaños de Don Hernando (...) nosotros no nos enteramos cuando murió el señor (...) nosotros ni fuimos al funeral porque no nos enteramos porque él estaba con otra señora (...) nos enteramos como seis meses después. (...) **En una respuesta anterior usted aclaro y afirmó que en efecto el señor BARRETO no estaba conviviendo con la señora Bertha en los últimos años anteriores a su muerte** (...) **podría aclarar al Despacho** (...) **a que se refiere** (...) ellos no convivían como pareja hasta tiempo después del 2011 yo la verdad hasta el 2011 departí con Don Hernando el 31 de diciembre en su cumpleaños ya el después se fue con otra señora (...) después del 2011 ellos no departían pero antes del 2011 me consta que ellos convivan como pareja (...) en una de sus respuestas anteriores ud informaba que antes del 2011 el señor ya no convivía con la señora Bertha? (...) no no señor él no convivía con ella (...) ya antes de su fallecimiento él se fue con la señora aproximadamente (...) tres tres años y medio antes (...)

GLADYS MONTEALEGRE

(...) En el tiempo y que él estuvo vivo y en el tiempo en que él pudo moverse por sus propios medios, él estaba allá donde Bertha y estaba aquí donde Estela. Se le perdía Estela y luego llegaba donde Berta. Se le perdía a Berta y luego llegaba donde Estela. (...) Y ya. Pues definitivamente yo dejé de saber de la vida de Hernando, como en el 2010. (...) **Nos puede indicar usted cuando vio por última vez a la pareja y en qué circunstancia.** Pues cuando. Cuando estuvieron en cuando ellos se fueron de Urales a Manuel Mejía que los vi así juntos juntos fue como en el 2008. Como un enero, un febrero, porque yo recuerdo que María

Berta me invitó que por qué no le habían celebrado los cumpleaños a Hernando ese 31 de diciembre.

- Se observa un carné del Instituto de Seguro Social donde se indica como cotizante al señor HERNANDO BARRETO (q.e.p.d.) y como beneficiaria a la señora MARÍA BERTHA GÓNZALEZ (q.e.p.d.) con fecha de afiliación del 22 de junio de 2001²³.

Sobre la citada afiliación al ISS la señora **GLADYS MONTEALEGRE** indicó:

"(...) Usted sabe si el señor Fernando Barreto tenía afiliada a la señora María Bertha González, a los servicios médicos de la Fuerza Aérea o del Seguro Social. Sí, señora la tenía afiliada, pero ay, Dios mío, es que Hernando hacía unas cosas que hay Dios. Tengo entendido, no estoy segura, pero el afilió como empleada del servicio.

De la unión marital de hecho entre la vinculada y el causante

- Se observa un carné de servicios de salud expedido el 31 de marzo de 2006²⁴ por la Dirección General de Sanidad Militar donde se señala como beneficiaria del causante a la señora MARÍA ESTELA DÍAZ RODRÍGUEZ.

- En declaración rendida el 8 de octubre de 2010 por el señor HERNANDO BARRETO PEDRAZA (q.e.p.d.) y la señora MARÍA ESTELA DÍAZ RODRÍGUEZ se indicó:

"Bajo la gravedad de juramento y a sabiendas de las sanciones penales que acarrea el perjurio, manifestamos que desde hace diez (10) años convivimos bajo el mismo techo bajo el estado civil Unión Marital de Hecho de forma permanente continua e ininterrumpida.

Información que fue reiterada en las declaraciones²⁵ rendidas por los señores Nancy Caviedes Quimbaya y Hernando Basto Gómez.

- En la **Resolución 3635 del 26 de julio de 2011**²⁶ fue reconocida la sustitución pensional a favor de la señora MARÍA ESTELA DÍAZ RODRÍGUEZ (vinculada) en calidad de compañera permanente del citado a partir del 25 de junio de 2011, al encontrar acreditado el requisito de convivencia durante los últimos 10 años y 6 meses de vida del causante.

- Los testimonios recaudados son coincidentes en afirmar que entre el causante y la referida vinculada existió una unión marital de hecho y que su convivencia fue permanente y continua hasta el momento de su fallecimiento.

LUZ DEISY ALVARADO

Yo conozco a la señora María Estela por intermedio del hijo Leonardo que lo conocí en el barrio eso fue más o menos en el año 98 (...) después la conocí ya con el señor Barreto (...) cuando el señor se agravó ella lo llevaba mucho pues al hospital militar, yo hice mis prácticas de farmacia en el hospital militar entonces pues ellos me pedían el favor de que les colaborara cuando ella iba con él en que ayudarle a pedir de pronto los medicamentos a pedir las citas

²³ Folio 36 del expediente

²⁴ Folio 130 vto del expediente

²⁵ Folios 239 y 240.

²⁶ Folios 122 y 123 del expediente

(...) nos puede precisar (...) **para que época fue que conoció al señor Hernando Barreto?** (...) si aproximadamente en el 2002 (...) lo conocí en unas reuniones en la casa de la mamá de la señora María Estela (...) **en esa oportunidad como le presentaron a ud al señor Barreto?** En ese momento ellos estaban iniciando una relación, ellos salían en ese momento (...) ud sabe (...) si tuvieron convivencia durante algún periodo de tiempo (...) si en el 2004 ellos ya vivían (...) hasta cuando (...) hasta el 2011 (...) aproximadamente junio de 2011 (...) usted sabe si esa unión era permanente y continua (...) era continua (...) esta convivencia era de una pareja común y corriente (...) claro que si me consta ellos se veían una pareja normal afectiva, compartían muchas reuniones y me consta porque yo en muchas ocasiones departí con ellos y estuve en el apartamento (...) **a ud que le consta que fue permanente por lo menos durante los últimos cinco años** (...) si claro que me consta (...) yo estaba pendiente cuando ella iba a las citas con él (...) en durante que época realizó la práctica en el hospital militar, en el año 2010 (...) eso fueron cuatro meses (...) hasta septiembre de 2010 (...) **el señor pues compartía lecho, techo mesa , tenía su ropa allá en el apartamento** (...) si cuando yo iba pues ellos tenían como toda su pareja su habitación matrimonial no, sus fotos, su ropa eso era lo que yo veía inclusive le tenían una silla especial para el sentarse cuando estuvo más enfermo (...)

MARIA CONSUELO LEGUIZAMON

"yo conocí a don Barreto en el 2001 que él le sacó un apartamentico a Estela y ella me lo presentó ahí (...) después la visitaba ya en parques real del tunal donde vivían juntos en el 2004 (...) después les ayude a conseguir el apartamento en la unidad donde yo vivo eso fue más o menos en el 2006 y ahí yo compartía con ellos cada nada (...) hasta que el comenzó a enfermarse tres años atrás de antes de morir (...) le ayude a comprar una silla de ruedas (...) mi hija como es enfermera (...) le ayudaba a Estela (...) ella se dedicó plenamente a él (...) ella quería mucho a don Barreto (...) yo siempre los conocí era un hogar muy bonito siempre compartí con ellos. (...) **ud sabe si el señor Barreto esporádicamente se ausentaba del hogar?** No nunca el siempre mantenía con ella (...) ud asistió a las exequias del señor Barreto si (...) fueron el cantor norte estaban las hijas, los yernos, los familiares de él, los amigos allegados (...) **ud conocía a las hijas del señor Barreto?** (...) si señora en varias oportunidades yo estaba en el apartamento pero llegaban ellas a visitarlo. (...) como era el trato de las hijas (...) con la señora maría estela (...) se trataban muy bien (...) era armónico. (...) **ella le contó cómo empezó esa relación amorosa, sentimental?** (...) ellos se conocieron en el Hospital Militar".

LEONARDO GÓMEZ DÍAZ

"Mi mamá empezó una relación con el señor Hernando Barreto, una comunicación como a partir del año 99, 2000 2001, unas terapias que ellos hacían en el Hospital Militar, mi mamá también tenía servicios en el Hospital por intermedio de mi hermano ella acudía al Hospital Militar (...) a partir del año 2002 más o menos el señor Barreto y mi mama deciden entablar una relación ya formal deciden convivir los dos (...) mi mama era la encargada de llevarlo al Hospital (...) el falleció en el apartamento ese día estaba yo presente con mi mamá inclusive estábamos viendo un partido de futbol (...) usted recuerda la fecha exacta a partir de la cual la señora María Estela y el señor Hernando Barreto iniciaron la convivencia? (...) a partir del 2002 más o menos 2003 ellos iniciaron una convivencia. (...)

De igual forma el testigo refiere que la convivencia con el causante fue permanente, que la vinculada dependía económicamente del mismo y resaltó que desde el 2008 este ya no podía movilizarse por su cuenta, información última que fue reiterada por el testigo WILSON LEOBARDO ALVARADO.

- En la historia clínica del causante aportada al plenario y suscrita por el Hospital Militar Central²⁷ se advierte que quien fungió como acudiente en calidad de compañera permanente durante los años 2007, 2008, 2010 y 2011 fue la señora MARÍA ESTELA DÍAZ. Así mismo, obran comunicaciones dirigidas a la referida en la que se le informa la autorización de realización de terapias y lo referente a la atención medica domiciliaria del señor HERNANDO BARRETO (q.e.p.d.).

²⁷ Folio 247 a 297 del expediente

De los actos administrativos acusados

- El 18 de noviembre de 2011²⁸ la accionante solicitó el reconocimiento de la sustitución pensional con ocasión al fallecimiento del señor HERNANDO BARRETO (q.e.p.d.) afirmando haber convivido con el mismo por más de 35 años.
- A través de la **Resolución No. 6047 del 23 de diciembre de 2011**²⁹ CREMIL resolvió negar el reconocimiento y pago de una sustitución pensional a favor de la accionante, resaltando que en la declaración juramentada rendida el 3 de noviembre de 2011 y aportada con la solicitud, la demandante indicó que convivió con el causante desde el **27 de mayo de 1971 hasta el 25 de febrero de 2005**, por lo que es claro que no convivió con el causante hasta el momento de su muerte o por lo menos durante los cinco (05) años anteriores al deceso, exigencia contenida en el artículo 11 del Decreto 4433 de 2004.
- El 24 de enero de 2012³⁰ la accionante presentó un recurso de reposición contra la decisión anterior el cual fue resuelto mediante la **Resolución No. 3486 del 12 de junio de 2012**³¹ confirmando en todas sus partes el acto administrativo controvertido. Lo anterior, señalando que las propias pruebas aportadas por la demandante permiten advertir que su unión marital con el causante finalizó en el año 2005 y no se extendió hasta el momento de fallecimiento de este, y en ese sentido, no le asiste derecho a la prestación que reclama.
- En el **Oficio No. 320 CREMIL 70310-70314**³² se dio respuesta al derecho de petición a través del cual la demandante *"solicita el reconocimiento y pago de la sustitución de asignación de retiro del señor Técnico Jefe (r.) de la Fuerza Aérea HERNANDO BARRETO PEDRAZA (...) en calidad de compañera permanente"*, señalando que ya se había resuelto tal requerimiento en la Resolución No. 6047 del 23 de diciembre de 2011 sin que resulte necesario de emitir un nuevo pronunciamiento sobre el particular.

i) Análisis del caso

En el presente asunto los recursos de apelación se centran en la condena en costas, la improcedencia de un *"doble pago"* y en el hecho de que la accionante no acreditó la convivencia durante los cinco años anteriores al fallecimiento del causante, de manera que según la señora vinculada, a la parte demandante no le asiste derecho a la prestación que reclama.

Ahora bien, advierte la Sala que en efecto el señor HERNANDO BARRETO (q.e.p.d.) en vida tuvo dos compañeras permanentes como lo son las señoras MARÍA BERTHA GÓNZALEZ DE GUZMÁN y MARÍA ESTELA DÍAZ RODRÍGUEZ. Sin embargo, conforme a lo acreditado en precedencia se tiene que esta última fue quien convivió de manera permanente e ininterrumpida durante por lo menos cinco años anteriores al fallecimiento del causante, manteniendo un vínculo

²⁸ Folio 132 vto del expediente

²⁹ Folio 59 del expediente

³⁰ Folios 142 vto y 143 del expediente

³¹ Folios 73 del expediente

³² Folio 60 del expediente

de auxilio y apoyo mutuo, siendo la persona encargada de asistirlo y acompañarlo en sus controles médicos y siendo el causante el soporte económico del hogar.

En lo que atañe a la demandante, la Sala no comparte la conclusión del Despacho de primera instancia referente a que en el caso particular sí se advirtió una convivencia simultánea que dé lugar a acceder a las pretensiones de la demanda en tanto se advierten inconsistencias en los testimonios recaudados, pues a manera de ejemplo las señoras ANA MARÍA ROMERO y BERTHA LEONOR SILVA BARRAGÁN aseguran que la unión se mantuvo vigente hasta el año 2011 y además, la segunda testigo quien es la nuera de la demandante afirma que con plena certeza vio por última vez a la pareja el 31 de diciembre de la misma anualidad, situación que no se acompasa con la realidad comoquiera que el causante falleció desde 25 de junio de 2011.

De igual forma, en su testimonio la señora GLADYS MONTEALEGRE afirma verlos *"juntos"* hasta el año 2008 y señala no saber más del causante desde el año 2010, lo que no solo resulta contrario a los testimonios anteriores sino que en todo caso denota que al momento de su fallecimiento el señor BARRETO (q.e.p.d.) no se encontraba en una relación con la accionante.

Adicionalmente, llama la atención de la Sala que no solo existe una providencia judicial en la que se declaró disuelta la unión marital de hecho que se alega como sustento para el reconocimiento de las pretensiones, sino que además la propia accionante en su momento y dentro del referido proceso afirmó que convivió con el causante *desde veintisiete (27) de mayo del año mil novecientos sesenta y uno (1971) sic durante treinta y cuatro años (34) años (...) hasta el veinticinco (25) de febrero de dos mil cinco (2005).*

En el evento de que considerarse que de forma posterior a lo decidido en la sentencia en comento la demandante y el causante resolvieron continuar su convivencia, debe señalarse que la propia interesada, en declaración juramentada rendida el **3 de noviembre de 2011** ante la Notaría Cincuenta y Tres (53) de Bogotá, esto es, con posterioridad al fallecimiento del señor BARRETO, la cual fue aportada con la solicitud en sede administrativa, reiteró que convivió con el citado solo hasta el 25 de febrero de 2005.

De igual forma, en el escrito introductorio se relata que desde el mes de febrero de la misma anualidad el causante resolvió irse de la casa que compartía con la demandante *"y no continuar conviviendo con ella"*, por lo que resulta extraño para la Sala que pese a las múltiples afirmaciones de la propia demandante se pretenda que esta Corporación tenga por cierto que la unión en cuestión se extendió hasta una anualidad diferente a la ya referida.

En ese sentido, es permitente resaltar que tampoco se comparten las apreciaciones del *a quo* referentes a que el vínculo entre la accionante y el causante se mantuvo hasta el año 2008 momento en el que el referido dejó de movilizarse por sus propios medios, situación que a su juicio da lugar al reconocimiento de pretensiones. Al respecto, debe indicarse que aun en el evento de que se adoptara la tesis de que fue en el año 2008 la fecha de culminación de la unión marital de hecho y no en el año 2005 como se señaló en precedencia, lo cierto es que esto es tres años antes del fallecimiento del causante (2011) aspecto que también da lugar a que se

revoque la decisión de primer grado pues debe recordarse que no existía un vínculo matrimonial y tratándose de compañeras permanentes el derecho sólo será reconocida al demostrar que el lapso de 5 años de convivencia tuvo ocurrencia **en el tiempo inmediatamente anterior al fallecimiento del causante**, lo cual no se encuentra acreditado en el presente asunto.

Adicionalmente, resulta pertinente resaltar que en todo caso no existía ánimo de convivencia, comprensión y ayuda que plantea el juez de primer grado, pues advierte la Sala que el propio causante denunció a la accionante en su momento y en memorial suscrito ante la Fiscalía 264 Local de Bogotá indicó:

"(...) Soy una persona de avanzada edad (87 años), tengo problemas de salud (...) por lo tanto, no puedo estar de estrado en estrado judicial atendiendo a las diversas acciones que la aquí denunciada ha promovido en mi contra.

MARÍA BERTHA GONZALEZ DE GUZMAN se ha dedicado única y exclusivamente a hacerme la vida imposible, así como a mi actual compañera MARÍA STELLA DIAZ DE GÓMEZ, instaurando en nuestra contra denuncias y querellas por doquier (...)

Lo único que aspiro es poder estar tranquilo".

En el escrito en comento también acusa a la demandante de sustraerle documentos personales como son la visa y el pasaporte, y además, enlista las diferentes denuncias y actuaciones ante la Fiscalía e Inspecciones de Policía que adelantó la demandante los cuales incluyen una denuncia por "Desaparición Forzada" en contra de la señora Díaz de Gómez, diligencia archivada por Atipicidad Jurídica. En consecuencia, se considera que las afirmaciones del causante refuerzan la conclusión de la Sala referente a la inexistencia de convivencia en los últimos cinco años.

Como corolario de lo anterior, surge de palmario que los argumentos esgrimidos en el recurso de apelación presentado por la vinculada tienen vocación de prosperidad exigida para que se considere revocar la sentencia de primera instancia en ese sentido.

Ahora frente al recurso de alzada presentado frente a la condena en costas, **en primera instancia** esta Instancia Judicial acude a lo señalado por el artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo³, el cual remite expresamente a las normas del Código General del Proceso.

Así, con la remisión expresa establecida en la Ley 1437 de 2011, es del caso acudir al contenido del artículo 365 del Código General de Proceso que expresa:

"(...) Artículo 365. Condena en costas.

En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas:

- 1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto. Además, en los casos especiales previstos en este código.*
- Además se condenará en costas a quien se le resuelva de manera desfavorable un incidente, la formulación de excepciones previas, una solicitud de nulidad o de amparo de pobreza, sin perjuicio de lo dispuesto en relación con la temeridad o mala fe.*
- 2. La condena se hará en sentencia o auto que resuelva la actuación que dio lugar a aquella.*
- 3. En la providencia del superior que confirme en todas sus partes la de primera instancia se condenará al recurrente en las costas de la segunda.*

4. Cuando la sentencia de segunda instancia revoque totalmente la del inferior, la parte vencida será condenada a pagar las costas de ambas instancias.
5. En caso de que prospere parcialmente la demanda, el juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial, expresando los fundamentos de su decisión.
6. Cuando fueren dos (2) o más litigantes que deban pagar las costas, el juez los condenará en proporción a su interés en el proceso; si nada se dispone al respecto, se entenderán distribuidas por partes iguales entre ellos.
7. Si fueren varios los litigantes favorecidos con la condena en costas, a cada uno de ellos se les reconocerán los gastos que hubiere sufragado y se harán por separado las liquidaciones.
8. Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación (...) (Negrilla y Subraya fuera del texto).

Igualmente, en lo tocante a los criterios que debe considerar el juez contencioso administrativo a la hora de disponer sobre la condena en costas y agencias en derecho, la Sección Segunda del Consejo de Estado ha indicado:

"(...) Ahora bien, respecto de las costas⁴, debe reiterar la Sala lo expuesto sobre el particular por ambas subsecciones de la Sección Segunda⁵ de esta Corporación, en la medida que el artículo 188 del CPACA entrega al juez la facultad de disponer sobre su condena, lo cual debe resultar de analizar diversos aspectos dentro de la actuación procesal, tales como la conducta de las partes, y que principalmente aparezcan causadas y comprobadas, siendo consonantes con el contenido del artículo 365 del CGP; descartándose así una apreciación objetiva que simplemente consulte quien resulte vencido para que le sean impuestas.

En el caso, la Sala observa que el a quo no hizo un análisis sobre la necesidad de condenar en costas a la parte vencida del proceso, atendiendo los criterios ya definidos por la jurisprudencia, echándose de menos además, alguna evidencia de causación de expensas que justifiquen su imposición a la parte demandante, quien dentro de sus facultades, hizo uso mesurado de su derecho de acción. Por ello, se revocará este aparte de la sentencia apelada (...)"⁶.

En este sentido, rememórese que en atención al criterio establecido por la Sección Segunda del Consejo de Estado⁷, la facultad que otorga al juez el artículo 188 del C.P.A.C.A. para imponer costas, implica el análisis de varios aspectos de la actuación procesal, tales como la conducta de las partes, y que principalmente, que se demuestre que fueron causadas.

Siguiendo estas pautas jurisprudenciales, la Sala, al analizar la conducta asumida por la parte demandada durante el trámite del proceso, constata que no efectuó actos dilatorios o temerarios que entorpecieran el procedimiento llevado a cabo en la jurisdicción. Aunado a esto, no se evidencia causación ni comprobación de costas en el expediente, esto último, en armonía con lo previsto en el numeral 8º del artículo 365 del Código General del Proceso.

Decisión

Expuesto lo anterior, la Sala considera que tal como se manifestó en el recurso de apelación de la vinculada, en el presente asunto no existe mérito para acceder a las pretensiones de la demanda de manera que hace necesario revocar lo resuelto por el a quo en ese sentido y de igual forma, lo referente a las costas de primera instancia. Sin embargo, como la parte resolutive de la sentencia de primer grado contiene una orden de levantamiento respecto de la medida cautelar decretada no puede esta instancia revocar la decisión en su totalidad.

En tal virtud se dispondrá revocar parcialmente la sentencia específicamente en los numerales **segundo y tercero**, referentes a la nulidad de los actos acusados y el restablecimiento ordenado, **sexto** correspondiente a la condena en costas y **séptimo** en el que se indicaron los términos para dar cumplimiento al fallo.

Así mismo, se dispondrá confirmar lo numerales **primero** por el cual se declararon infundadas las excepciones, **cuarto** que negó las demás pretensiones de la demanda y **quinto** que canceló la medida cautelar decretada. De igual forma, nada se dispondrá en esta oportunidad respecto de los remantes y archivo del proceso contenidos en los numerales octavo y noveno.

5.4.1. Costas en segunda instancia.

Atendiendo lo dispuesto en el artículo 188 del CPACA y el numeral 8 del artículo 365 del CGP, la Sala se abstendrá de condenar en costas en esta instancia, en razón a que no se encuentran probadas.

VI. DECISIÓN.

En mérito de lo expuesto, el **Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección F**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO.- REVOCASE parcialmente la sentencia proferida el 7 de marzo de 2018 por el Juzgado Veintisiete (27) Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá, específicamente en sus numerales 2°, 3° 6° y 7°, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

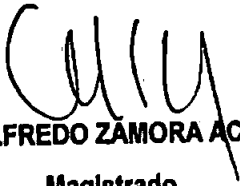
SEGUNDO.- CONFIRMASE en sus demás puntos la sentencia recurrida.

TERCERO.- Sin condena en costas en la instancia.

CUARTO.- En firme esta sentencia, por la Secretaría de la Subsección **devuélvase** el proceso al Juzgado de origen, previas las anotaciones y constancias que correspondan.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE.

(La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de la fecha)


LUIS ALFREDO ZAMORA ACOSTA
Magistrado


PATRICIA SALAMANCA GALLO
Magistrada


BEATRIZ HELENA ESCOBAR ROJAS
Magistrada



República de Colombia
Rama Judicial del Poder público
Tribunal Administrativo de Cundinamarca
Sección Segunda - Subsección F

NOTIFICACIÓN POR ESTADO *Sentencia*

El auto anterior se notifica a las partes por Estado

Nº. 05 11 MAYO 2021 JP6C

Oficial Mayo *[Signature]*

MAY 10 21 AM 11:53