

REPUBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO  
JUZGADO CUARENTA Y SEIS ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO  
SECCIÓN SEGUNDA

Bogotá D.C., veintiocho (28) de junio de dos mil dieciocho (2018)

Expediente : 11001-33-35-007-2014-00330-00  
Demandante : ERLINDA DEL CARMEN ISAZA PATIÑO  
Demandado : CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE LA POLICÍA  
NACIONAL - CASUR

ASUNTO

Procede el Despacho a proferir sentencia de primera instancia para resolver la demanda que ha dado origen al proceso de la referencia.

I. ANTECEDENTES

1.1 El medio de control.

La señora Erlinda del Carmen Isaza Patiño, mediante apoderado, acude ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo a incoar medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, conforme al artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA), contra la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional, para que se acojan las pretensiones que en el apartado siguiente se precisan (Fs.16-21).

1.2 Pretensiones.

Se declare la nulidad de la Resolución No. 2700 de 22 de abril de 2013, mediante la cual, se negó y extinguió la sustitución de asignación mensual de retiro.

A título de restablecimiento del derecho solicita "...se restablezca el derecho a la pensión sustitutiva de sobreviviente (...) se ordene a la entidad a la inclusión en nómina de pensionados y el pago retroactivo de las mesadas dejadas de pagar

*desde la fecha misma del fallecimiento del causante, con sus respectivas liquidaciones y haberes pendientes”.*

### **1.3 Hechos.**

Relata la demandante que convivió con el señor José Ignacio Muñoz Rodríguez (†) en unión marital de hecho, desde el 6 de julio de 2007 hasta el 2012; posteriormente se casaron y convivieron de manera ininterrumpida, continua y permanente, compartiendo lecho techo y mesa, hasta el 24 de febrero de 2013.

El 15 de marzo de 2013, presentó ante la entidad, solicitud de reconocimiento y pago de la pensión sustitutiva. Solicitud que fue denegada, mediante Resolución 2700 de 2013.

*“El hecho más importante es que en nuestro caso no existe nadie que se considere con igual o mejor derecho, por tanto nadie más se presentó o se ha presentado a reclamar dichos derechos (...) La jurisprudencia del consejo de Estado, como los conceptos de la procuraduría han resaltado en recientes fallos que este derecho se sustituye, a quienes prueben la condición de compañera y convivencia de 5 años anteriores al fallecimiento o a quienes prueben la condición de cónyuge (...) en el caso que nos ocupa se tiene probado la condición de cónyuge, y además la convivencia, ayuda y socorro hasta los instantes mismos de la muerte”.*

### **1.4 Disposiciones presuntamente violadas y su concepto.**

Cita como normas violadas de la Constitución Política (Arts.13 y 42); Decreto 1211 de 1990 (Arts.185 y 195) y Ley 447 de 1998 (Art.9).

Sostiene que la entidad le dio un trato discriminatorio, frente a las demás esposas de los oficiales y suboficiales retirados a quienes una vez fallecido su cónyuge, se les ha reconocido el derecho a la pensión sin ninguna exigencia diferente que la calidad de esposa por ser un legítimo derecho que le asiste como cónyuge sobreviviente.

Igualmente afirma que el principio esencial de la familia está siendo abolido por la entidad, al desconocer a la demandante como beneficiaria de la sustitución pensional de su legítimo esposo, pues precisamente la institución familiar se prolonga manteniendo los derechos que en vida de los cónyuges fueron adquiridos conjuntamente, los cuales se deben transmitir en igual forma al sobreviviente, sin

que este sea menoscabado por ninguna autoridad administrativa, esencialmente cuando la demandante y el señor Muñoz Rodríguez (†), permanecieron unidos hasta el día del fallecimiento de éste.

Manifiesta que el artículo 185 del Decreto 1211/90, no establece a la compañera permanente como beneficiaria a sustituir la pensión de los militares en retiro, *“máximo cuando la esposa legítima no ha perdido el derecho y permanece en estado de preferencia por cuanto no ha existido separación de hecho o judicial de manera temporal o definitiva de cuerpo, al contrario permaneció bajo el mismo techo cumpliendo con los deberes que la ley le impuso como cónyuge”*.

Por último asegura que no hubo divorcio ni separación de cuerpo legal o de hecho entre el causante y la demandante, y la convivencia fue permanente bajo el mismo techo, no la retiró del servicio médico para la asistencia social y recreacional, por consiguiente, no existe ninguna razón legal para negar el derecho a la sustitución pensional a la actora.

### **1.5 Contestación de la demanda**

la entidad en su escrito de contestación, argumenta que las pruebas aportadas por la demandante, no acreditaron los requisitos establecidos en el artículo 11 del Decreto 4433/04, en lo relacionado a la convivencia. Al respecto señala que la Corte Constitucional ha sostenido que la exigencia de demostrar la convivencia efectiva con el pensionado en los años anteriores a su muerte, es imprescindible para obtener el derecho a la sustitución pensional. Y ha agregado que se trata de observar y acreditar una situación real de vida en común de dos personas dejando de un lado los distintos requisitos formales.

Afirma que la entidad no ha vulnerado derecho fundamental alguno y ha actuado conforme a los ordenamientos jurídicos y jurisprudenciales que rigen la materia y en concordancia con el material probatorio obrante en el expediente administrativo.

Concluye que el derecho a la sustitución pensional se da a quien convive efectivamente y que respecto de que a la familia le correspondió realizar los trámites de exequias, es una demostración de solidaridad más no de convivencia, y esta a su vez debe ser hasta la muerte, no en la muerte; la convivencia tiene otros elementos como son, que sea efectiva, real y no presunta, debe ser espiritual y material, debe ser apoyada mutuamente. *“La dependencia económica es un*

*elemento que por sí solo no surte efectos, porque puede suceder que el causante pueda ayudar sin convivir, y eso no quiere decir que haya auxilio mutuo, pues como lo dice la demandante ella dependía de su cónyuge pero sin la correlación que necesita el otro, es decir, el auxilio en este caso convivir con él para sembrar las bases de la familia, pero como muy bien las pruebas se concentraron a indicar que no había convivencia, por ende esa independencia se queda en una simple solidaridad”.*

### **1.6 Audiencia inicial.**

El 28 de abril de 2016, se realizó la audiencia inicial contemplada en el artículo 180 de la Ley 1437 de 2011, mediante la cual se realizaron todas las etapas procesales contempladas en dicho artículo, hasta la etapa probatoria, fijándose fecha para celebrar audiencia de pruebas para el 19 de mayo de 2016; llegado la fecha y hora señalados, se celebró la audiencia de pruebas prevista en el artículo 181 del CPACA, mediante la cual, se recepcionó el testimonio de la señora Luz Mery Díaz y, se advirtió que por considerarse innecesaria la práctica de la audiencia de alegaciones y juzgamiento, se procedía a correr traslado a las partes para que dentro de los 10 días siguientes a la celebración de dicha diligencia, presentaran sus alegatos de conclusión.

### **1.7 Alegatos de conclusión**

**La parte demandante** Reiteró los argumentos de hecho y de derecho expuestos en el escrito de la demanda (fs.131-136).

**La entidad demandada** Ratifica los argumentos de defensa presentados en el escrito de contestación de la demanda, aduciendo que de la prueba testimonial, no es posible afirmar con plena certeza que la demandante y el causante eran esposos, y que al no haberse demostrado con exactitud la conformación de una familia, se puede concluir que no le asiste derecho al reconocimiento de la sustitución de asignación de retiro (fs.128-130).

## **CUESTION PREVIA**

Previo a pronunciarse respecto al problema jurídico y marco normativo, es del caso aclarar que en el presente caso el Tribunal Administrativo de Cundinamarca

mediante auto del 9 de marzo de 2017 declaró la nulidad de la sentencia proferida el 23 de junio de 2016 por éste juzgado, al considerar que se configuró la causal de nulidad prevista en el numeral 8º del artículo 133 del CGP por haberse omitido la vinculación de la señora Nubia Correa Serna como Litis consorte necesaria. Por lo tanto, mediante auto del 27 de julio de 2017<sup>1</sup> éste despacho ordenó la vinculación de la señora Correa Serna, solicitándose al apoderado de la parte actora allegar la dirección de notificación de ésta. Requerimiento que fue contestado por la parte actora mediante memorial de 14 de agosto de 2017<sup>2</sup> en el cual indicó que desconocía la dirección de notificación de la vinculada y que además la entidad había incurrido en error al haber manifestado en la resolución acusada que la señora Nubia Correa había efectuado reclamación de la sustitución de la asignación de retiro.

Posteriormente, mediante auto del 21 de septiembre de 2017<sup>3</sup>, se ordenó requerir a la entidad demandada con el fin que aportara el expediente pensional del fallecido José Ignacio Muñoz Rodríguez y la dirección del domicilio de la señora Nubia Correa Serna. Requerimiento que fue contestado por la entidad mediante memorial del 30 de octubre de 2017<sup>4</sup> en el que manifiesta que la señora Nubia Correa Serna no figura como beneficiaria de la asignación de retiro del señor Muñoz Rodríguez (†) y por lo tanto, no tiene en su poder dirección de domicilio de ésta.

En tal virtud, mediante proveído del 30 de noviembre de 2017<sup>5</sup> se procedió de conformidad con lo dispuesto en el artículo 108 del CGP y se ordenó el emplazamiento de la señora Nubia Correa Serna. Emplazamiento que se efectuó conforme a la orden dada.

Ahora bien, de conformidad con el artículo 108 del CGP *“surtido el emplazamiento se procederá a la designación de curador ad Litem, si a ello hubiere lugar”*, observándose que en el presente asunto no hay lugar a dicha designación en virtud de lo previsto en el artículo 55 *ibidem* que señala únicamente dos casos en los que procede la designación de curador ad Litem, a saber:

***“ARTÍCULO 55. DESIGNACIÓN DE CURADOR AD LÍTEM. Para la designación del curador ad litem se procederá de la siguiente manera:***

---

<sup>1</sup> Visible a folios 182-183

<sup>2</sup> Visible a folios 185-186

<sup>3</sup> Visible a folio 192

<sup>4</sup> Visible a folios 197-198

<sup>5</sup> Visible a folios 200-201

*1. Cuando un incapaz haya de comparecer a un proceso en que no deba intervenir el defensor de familia y carezca de representante legal por cualquier causa o tenga conflicto de intereses con este, el juez le designará curador ad litem, a petición del Ministerio Público, de uno de los parientes o de oficio.*

*Cuando intervenga el defensor de familia, este actuará en representación del incapaz.*

*2. Cuando el hijo de familia tuviere que litigar contra uno de sus progenitores y lo representare el otro, no será necesaria la autorización del juez. Tampoco será necesaria dicha autorización cuando en interés del hijo gestionare el defensor de familia”.*

Conforme a la norma en mención y en consideración a que en el presente caso no hay lugar a designar curador ad Litem por no tener la vinculada ninguna de las dos condiciones descritas en el artículo referido, es del caso proferir sentencia, por estar todas las etapas procesales surtidas a cabalidad.

En consecuencia se dicta sentencia conforme a las siguientes

## CONSIDERACIONES

### 2.1 Problema jurídico

El problema jurídico se circunscribe a dilucidar, si la parte demandante tiene derecho a que se le reconozca la sustitución de la asignación mensual de retiro, en calidad de cónyuge supérstite del señor José Ignacio Muñoz Rodríguez (†).

### 2.2 Hechos probados

De conformidad con el material probatorio obrante en el expediente, se encuentran probados los siguientes hechos:

- ✓ Declaración juramentada rendida por los señores Erlinda del Carmen Isaza Patiño y José Ignacio Muñoz Rodríguez en la que declaran que conviven desde el mes de febrero de 2011 en unión libre (fl.8).
- ✓ Registro civil de matrimonio en el que se constata que los señores Erlinda del Carmen Isaza Patiño y José Ignacio Muñoz Rodríguez contrajeron el 4 de agosto de 2012 (fl.3).

- ✓ Registro civil de defunción del señor José Ignacio Muñoz Rodríguez quien falleció el 24 de febrero de 2013 (fl.4).
- ✓ Mediante Resolución 2700 de 2013, la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional, negó el reconocimiento de sustitución de asignación mensual de retiro a la demandante y extinguió el derecho de asignación mensual de retiro que devengaba el señor Muñoz Rodríguez (†) a partir del 24 de febrero de 2013 (fs.11-12).
- ✓ Resolución No. 5416 de 2 de julio de 2013 por medio de la cual se resuelve un recurso de reposición contra la Resolución No. 2700 de 2013 (fs.13-15).

### 2.3 Marco jurídico y jurisprudencial

El despacho procederá a efectuar el correspondiente análisis normativo y jurisprudencial relacionado con el presente asunto, para luego descender al caso concreto, y emitir el correspondiente pronunciamiento de conformidad con la fijación del litigio planteada.

El derecho a la sustitución pensional está instituido como un mecanismo de protección a los familiares del trabajador pensionado, ante el posible desamparo en que puedan quedar por razón de la muerte de éste pues al ser beneficiarios del producto de su actividad laboral, traducido en la mesada pensional, dependen económicamente de la misma para su subsistencia. Es una protección directa a la familia, cualquiera que sea su origen o fuente de conformación, matrimonio o unión de hecho.

La normatividad que rige el asunto en debate es el Decreto 1212 de 1990<sup>6</sup>, por tratarse de un régimen especial, exceptuado de la Ley 100 de 1993, por mandato del artículo 279.

#### ***“PRESTACIONES POR MUERTE EN RETIRO***

***ARTÍCULO 172. MUERTE EN GOCE DE ASIGNACION DE RETIRO O PENSION.*** *A la muerte de un Oficial o Suboficial de la Policía Nacional en goce de asignación de retiro o pensión, sus beneficiarios en el orden y proporción establecidos en este Estatuto tendrán derecho a una pensión mensual pagadera por el Tesoro Público o por la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional*

<sup>6</sup> Por el cual se reforma el estatuto del personal y suboficiales de la Policía Nacional.

*equivalente en todo caso a la totalidad de la prestación que venía gozando el causante.*

*Así mismo, el cónyuge, los hijos hasta la edad de veintiún (21) o veinticuatro (24) años si fueren estudiantes y los inválidos absolutos cualquiera sea su edad, tendrán derecho a que el Gobierno les suministre asistencia médica, quirúrgica, odontológica, servicios hospitalarios y farmacéuticos, mientras disfruten de pensión decretada con base en los servicios del fallecido.*

**PARAGRAFO.** *El Gobierno establecerá tarifas para la prestación de los servicios asistenciales a los beneficiarios de los Oficiales y Suboficiales de la Policía Nacional, fallecidos en goce de asignación de retiro o pensión.*

**ARTÍCULO 173. ORDEN DE BENEFICIARIOS.** *<Apartes subrayados CONDICIONALMENTE exequibles> Las prestaciones sociales por causa de muerte de un Oficial o Suboficial de la Policía Nacional en servicio activo o en goce de asignación de retiro o pensión se pagarán según el siguiente orden preferencial:*

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

*b. Si no hubiere cónyuge sobreviviente, las prestaciones corresponden íntegramente a los hijos en las proporciones de ley.*

*c. Si no hubiere hijos la prestación se divide así:*

*- Cincuenta por ciento (50%) para el cónyuge.*

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

*d. Si no hubiere cónyuge sobreviviente, ni hijos, la prestación se dividirá 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 divide en partes iguales entre los padres.*

*- Si el causante es hijo extramatrimonial con adopción plena, la totalidad de la prestación corresponde a sus padres adoptivos en igual proporción.*

*- Si no ocurriere ninguna de las personas indicadas en este artículo, llamadas en el orden preferencial en el establecido, la prestación se paga, previa comprobación de que el extinto era su único sostén, a los hermanos del Oficial o Suboficial que sean 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.

**ARTÍCULO 174. EXTINCIÓN DE PENSIONES.** <Apartes tachados INEXEQUIBLES> A partir de la vigencia del presente Decreto, las pensiones que se otorguen por fallecimiento de un Oficial o Suboficial 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 y los estudiantes hasta la edad de veinticuatro (24) años, cuando hayan dependido económicamente del Oficial o Suboficial.

(...)"

De acuerdo con la normativa transcrita la legitimación para sustituir la asignación de retiro radica en el cónyuge supérstite; sin embargo, la aplicación e interpretación de dicha normatividad debe hacerse atendiendo lo previsto en la Constitución Política de 1991, la cual tomó especial importancia bajo un marco de igualdad jurídica y social, la familia constituida por vínculos naturales<sup>7</sup>.

Como se advierte, tales disposiciones omiten hacer referencia al "compañero permanente"; sin embargo, de acuerdo con la jurisprudencia del Consejo de Estado<sup>8</sup>, esa omisión obedece al contexto histórico-normativo en que fue erigida la normativa, de manera que a partir de la Constitución de 1991 tal disposición debe interpretarse de modo extensivo, esto es, entendiéndola como referida, también, al (la) compañero (a) permanente, pues acorde con el artículo 42 Superior, el lazo familiar no está condicionado al vínculo matrimonial, además porque el entendimiento contrario implicaría desconocer el derecho a la igualdad de quienes han decidido unirse de hecho. Al respecto señaló:

*"(...) 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.*

<sup>7</sup> Consejo de Estado, sala de lo contencioso administrativo, sentencia de 25 de julio de 2013, C.P. Bertha Lucía Ramírez de Páez, Rad. (2217-12).

<sup>8</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, C.P. Dr. Jesús María Lemos Bustamante, Sentencia de 20 de septiembre de 2007, Rad. (2410-2004).

*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 posteriores en materia de régimen de personal de la Policía Nacional (...)*

Por su parte, 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 de conformidad con lo establecido en el artículo 150, numeral 19, literal e) de la Constitución Política, en su artículo 3º estableció:

***"MARCO PENSIONAL Y DE ASIGNACION DE RETIRO DE LOS MIEMBROS DE LA FUERZA PÚBLICA***

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

*(...)*

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

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

*3.7.1. En forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente 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.*

*3.7.2. 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 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 aplicará el numeral 3.7.1.*

*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 numerales*

*3.7.1 y 3.7.2. del presente numeral, 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 (5) años, antes del fallecimiento del causante entre un cónyuge y una compañera o compañero permanente, la beneficiaria o el beneficiario de la sustitución de la asignación de retiro o de la pensión de invalidez o de la pensión de sobreviviente será la esposa o el esposo. Si no existe convivencia simultánea y se mantiene vigente la unión conyugal pero hay una separación de hecho, la compañera o compañero permanente podrá reclamar una cuota parte de lo correspondiente al numeral 3.7.1 en un porcentaje proporcional al tiempo convivido con el causante siempre y cuando haya sido superior a los últimos cinco (5) años antes del fallecimiento del causante. La otra cuota parte le corresponderá a la cónyuge con la cual existe la sociedad conyugal vigente.*

**NOTA:** El texto en cursiva fue declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-456 de 2015, entendiéndose que también son beneficiarios de la pensión de sobreviviente, de invalidez y de la situación de la asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública, la compañera o el compañero permanente del causante y que dicha pensión o sustitución se dividirá entre ellos (as) en proporción al tiempo de convivencia con el difunto.

(...)"

A su vez el 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 en su artículo 11, Parágrafo 2º, establece:

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

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

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

*Si respecto de un titular de asignación de retiro o pensionado por invalidez hubiese un compañero o compañera permanente, con sociedad anterior conyugal no disuelta y derecho a percibir parte de la pensión de que tratan los literales a y*

*b del presente párrafo, dicha pensión se dividirá entre ellos (as) en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido.*

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

Dicho lo anterior, procede el Despacho, a revisar los elementos probatorios del caso en particular.

### **CASO CONCRETO**

De lo probado en el proceso, se tiene que la demandante convivió con el señor José Ignacio Muñoz Rodríguez (†), desde febrero de 2011, según consta en el acta de declaración juramentada No. 423, visible a folio 8 del expediente, en la que se manifestó lo siguiente:

*“(...) manifestamos bajo la gravedad de juramento y a sabiendas de las sanciones penales que acarrea el perjurio que convivimos, de manera permanente y bajo un mismo techo desde hace dos años y medio, desde el mes de febrero de 2011 en unión libre y casados bajo el rito católico desde cuatro (4) de agosto de dos mil doce (2012), de cuya unión no procreamos hijo (as) (...)”*

Que contrajeron matrimonio, el 4 de agosto de 2012, según consta en Registro Civil de Matrimonio (fl.3). Y que de dicho vínculo, no se procrearon hijos.

Que el señor José Ignacio Muñoz Rodríguez, falleció el 24 de febrero de 2013, según se verifica del Registro Civil de Defunción (fl.4).

Que al momento del fallecimiento del señor Muñoz Rodríguez, la demandante tenía 58 años de edad (fl.6).

Que la señora Luz Mery Díaz Cubillos, compareció a rendir testimonio y en dicha diligencia declaró lo siguiente:

Preguntas por el despacho:

“(…) PREGUNTADO: qué grado de parentesco tiene usted con la señora Erlinda del Carmen Isaza Patiño CONTESTO: somos comadres, ella es madrina de uno de mis hijos PREGUNTADO: hace cuánto tiempo la conoce CONTESTO: hace 25 años PREGUNTADO: por qué razón CONTESTO: pues vivíamos en el mismo barrio PREGUNTADO: usted ha sido citada como testigo dado el grado de conocimiento de la señora Erlinda del Carmen Isaza Patiño a efectos de que le manifieste al despacho lo que le conste con relación a la convivencia que ella mantuvo ella con el señor José Ignacio Muñoz Rodríguez, cuénteles al despacho todo lo que le conste de esa relación de convivencia, desde cuándo fue, cómo lo conoció, hasta cuándo convivieron, CONTESTO: pues ellos se conocieron en el 2007, iniciaron una relación, pues ellos ya llevaban su romance desde mucho antes, pero pues ahí fue que ya me comentaron para el día de la madre del 2007, me invitaron a almorzar y ya me enteré yo que ya ellos se habían ido a vivir los dos, en el 2012 se casaron y eso es lo que yo sé, hasta el día de la muerte ella estuvo con él PREGUNTADO: cuéntenos en qué fecha exacta del 2007, comenzó la relación CONTESTO: no eso no sabría decirle en qué fecha exacta, sé que fue en el 2007 pero fecha exacta no sé PREGUNTADO: cuéntenos desde qué momento se fueron a convivir, en qué fecha exacta CONTESTO: tampoco lo sé PREGUNTADO: cuéntenos cómo se desarrolló esos primeros momentos de la relación, a usted qué le consta del año 2007 hacia acá, el desarrollo de la relación que tuvo la señora Erlinda con el señor José Ignacio CONTESTO: pues que le puedo contar, ella tuvo un restaurante en el barrio al lado de la Alquería y pues ellos ahí era que yo los veía, se llevaban muy bien PREGUNTADO: para qué época CONTESTO: eso fue como hacia el 2010 más o menos PREGUNTADO: ya vivían juntos CONTESTO: ya vivían juntos PREGUNTADO: en dónde CONTESTO: en el barrio Galán PREGUNTADO: en qué dirección CONTESTO: no lo sé PREGUNTADO: cómo le consta que vivían juntos CONTESTO: pues porque ellos siempre estaban juntos, siempre mantenían juntos PREGUNTADO: pero eso implica que necesariamente, vivían bajo el mismo techo según lo que usted manifiesta CONTESTO: porque para el día de la madre ellos fue que ya me comentaron que ya estaban viviendo juntos, fuimos a almorzar PREGUNTADO: cuénteles al despacho dado lo que usted está mencionando porqué será que en el día 29 de enero de 2013 hay un acta de declaración juramentada suscrita por la señora Erlinda del Carmen Isaza Patiño donde señala que manifiesta bajo la gravedad de juramento y a sabiendas de las sanciones penales que acarrea el perjurio que convive de manera permanente bajo un mismo techo desde hace año

*y medio desde el mes de febrero de 2011, en unión libre y casados bajo el rito católico desde el 4 de agosto de 2012 cuya unión no procreamos hijos, que actualmente Erlinda no está vinculada laboralmente con entidad pública o privada, no recibe ingresos de ninguna clase, no es pensionada, Erlinda depende económicamente de José Ignacio y convivimos todos bajo un mismo techo; se pone de presente el acta de la declaración juramentada a la testigo CONTESTO: no sabría contestarle, no sé por qué (...)*”

En su oportunidad de interrogar, el apoderado de la parte demandante hace las siguientes preguntas a la testigo frente a las que contestó de la siguiente manera:

*“PREGUNTADO: manifiéstenos al despacho durante los últimos años o meses, a usted como nos ha indicado doña Erlinda vivió con su fallecido esposo, cuéntenos de esos hechos al final de que usted conoció o supo de que ella vivía con su esposo, háganos una narración de esos últimos meses CONTESTO: pues ella vivió todo el tiempo vivió desde ya cuando se casaron ellos ya se fueron a vivir a la Alquería, ellos vivían en el barrio la Alquería y ya cuando él enfermó todo el tiempo estuvo con él en el día y en las horas de la noche ella le pagaba a una enfermera para que lo acompañara por la noche PREGUNTADO: cómo le consta a usted el tema del cuidado que le daba doña Erlinda durante los últimos meses de vida de su esposo CONTESTO: yo fui a visitarlo unas dos veces a la clínica y siempre estuvo ella allá con él, siempre estaba con él PREGUNTADO: en qué clínica disculpe CONTESTO: en la clínica de la policía PREGUNTADO: manifiéstele al despacho si usted estuvo presente en los actos fúnebres CONTESTO: sí, tuve la oportunidad de acompañarla al velorio, al entierro no pude asistir porque pues el trabajo no me lo permitió PREGUNTADO: manifiéstele al despacho si usted siempre, en todo el tiempo que usted ha manifestado, ellos se portaban como pareja, como esposos, como marido y mujer o eran amigos o como los veía usted como usted los percibió, doña Erlinda y don José Ignacio CONTESTO: no pues al comienzo pues eran amigos y ya comenzaron su relación y luego pues ya eran esposos, ya bien, ellos se llevaban muy bien PREGUNTADO: usted estuvo en la celebración del matrimonio CONTESTO: no señor no pude asistir porque no estaba acá en Bogotá.*

Por su parte, la apoderada de la entidad demandada efectúa su interrogatorio al que responde de la siguiente manera:

*“PREGUNTADO: según la relación que tenía con ellos si sabe la fecha, no la fecha exacta pero sí aproximadamente del mes, año del fallecimiento del señor, usted sabe el nombre del señor, CONTESTO: José Ignacio Muñoz PREGUNTADO: en qué fecha falleció él CONTESTO: el falleció en agosto de 2013 PREGUNTADO: y usted sabe la causa del fallecimiento del señor CONTESTO: no, eso si no, sé que estuvo muy enfermo PREGUNTADO: usted sabe si él laboraba, él tenía, estaba actualmente laborando o dónde laboró CONTESTO: pues él laboró en la Policía pero no estaba ya laborando”.*

Finalmente, a las preguntas del despacho absuelve como sigue:

*“PREGUNTADO: según la demanda, usted les arrendó una casa o una habitación, una casa de su propiedad, manifiéstele al despacho y le recuerdo que está bajo la gravedad de juramento en qué fecha exacta empezó a surtir el contrato de arrendamiento que señala la demanda CONTESTO: fecha exacta, no me acuerdo exactamente, ellos vivieron más o menos un año en mi casa, más o menos fue en como en el 2009 más o menos al 2010, pero no exactamente PREGUNTADO: dirección de su casa, donde ellos vivían CONTESTO: calle 54 B 80 J – 57 PREGUNTADO: porque razón le entregaron o terminó el contrato CONTESTO: término de contrato, ellos ya decidieron que se iban PREGUNTADO: quién le pagaba el arrendamiento CONTESTO: don José PREGUNTADO: cuánto CONTESTO: \$450.000 PREGUNTADO: qué les arrendó exactamente CONTESTO: un apartamento PREGUNTADO: de qué constaba CONTESTO: dos habitaciones, cocina y baño”.*

Del testimonio rendido por la señora Luz Mery Díaz Cubillos, se logra vislumbrar que existen contrariedades en lo que se narra en la demanda y lo que declara la testigo, en razón a que en los hechos que se relatan en el escrito de la demanda, se aduce que: “la convivencia durante todo este tiempo es decir más de seis años, sucedió en una casa de arrendamiento de propiedad de la señora LUZ MERY DIAZ<sup>9</sup>” y, conforme a la declaración rendida por la testigo, asegura que “ellos

---

<sup>9</sup> Folio 16

*vivieron más o menos un año en mi casa, (...) fue como en el 2009 al 2010*"; lo que permite desvirtuar a simple vista la afirmación desplegada por la parte actora y demostrar que el tiempo que convivió la pareja en la casa de la señora Luz Díaz, no fue sino por un año y no seis como bien lo asegura la demandante.

Por otra parte, la testigo no tiene certeza del tiempo en que la pareja empezó su vida marital bajo el mismo techo, en razón a que manifiesta que su relación empezó más o menos en el 2007, porque le contaron eso, mas no le consta que así haya sido, teniendo en cuenta, que la señora Díaz Cubillos, en otra pregunta aduce no tener certeza de la fecha exacta en que la pareja se fue a vivir. De igual forma, arguye que *"ellos vivían juntos porque se la pasaban los dos"*, afirmación que no tiene validez para este despacho, comoquiera que el hecho que a una pareja se le vea junta, no quiere decir ello, que tengan una convivencia bajo el mismo techo.

Amén de lo anterior, no se puede perder de vista que en la Notaría 73 del Circulo Notarial de Bogotá declararon Erlinda del Carmen Isaza Patiño y José Ignacio Muñoz Rodríguez, bajo la gravedad de juramento el 29 de enero de 2013, que la demandante y el señor Muñoz Rodríguez convivían, *"de manera permanente y bajo el mismo techo desde hace dos años y medio, desde el mes de febrero de 2011 en unión libre y casados bajo el rito católico desde el cuatro (4) de agosto de dos mil doce (2012), de cuya unión no procreamos hijo(a,s); que actualmente ERLINDA no está vinculado(a) laboralmente con entidad pública o privada, no recibe ingresos de ninguna clase, no es pensionado(a), ERLINDA depende económicamente de JOSE IGNACIO y convivimos todos bajo un mismo techo"*.

Quien más que los propios declarantes juramentados ante el Notario, conocían su propia realidad personal y de convivencia en el tiempo, la duración de la misma y el fin perseguido con la declaración juramentada que rindieron en conjunto, luego a esta declaración no se le puede restar credibilidad ni veracidad por cuenta de un testimonio plagado de inconsistencias y contradicciones que nada aporta a probar los supuestos de hechos de las normas cuya aplicación se persigue.

Así las cosas, observa el despacho que las aseveraciones desarrolladas por la testigo, carecen de valor probatorio, teniendo en cuenta que ella afirma unas cosas que deciden de lo manifestado en la demanda y en la declaración juramentada y en la demanda se describen otras, lo que permite concluir que su versión se basó

en lo que le contaron en su momento, más no por lo que a ella le constara directamente, luego se trata de un mero testigo de oídas.

Bajo los anteriores elementos probatorios, se tiene que el tiempo de convivencia, entre la demandante y el causante, hasta el día de la muerte de aquel, fue de 2 años, lo que quiere decir, que a la luz de lo previsto en el artículo 11, parágrafo 2º del Decreto 4433 de 2004<sup>10</sup>, la demandante, no cumplió con los presupuestos allí establecidos para ser acreedora de la sustitución de la asignación de retiro en calidad de cónyuge supérstite del señor Muñoz Rodríguez (†), en razón a que no acreditó legalmente el tiempo de convivencia exigido por la norma y tampoco tenía menos de 30 años al momento del fallecimiento de su esposo. En consecuencia, la presunción de legalidad que ampara la Resolución 2700 de 22 de abril de 2013, no se ha logrado desvirtuar, razón por la cual, las pretensiones de la demanda están llamadas al fracaso.

### Costas

Con relación a la condena en costas y agencias en derecho, el artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, señala que "salvo en los procesos en los que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas y agencias en derecho, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código General del Proceso"<sup>11</sup>.

En sentencia de 20 de enero de 2015, Subsección A de la Sección Segunda del Consejo de Estado<sup>12</sup>, en relación con la norma antes citada expuso que contiene un verbo encaminado a regular la actuación del funcionario judicial, cuando profiera sentencia que decida las pretensiones del proceso sometido a su conocimiento.

<sup>10</sup> (...) 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.

<sup>11</sup> Artículo 366 "Liquidación. Las costas y agencias en derecho serán liquidadas de manera concentrada en el juzgado que haya conocido del proceso en primera o única instancia, inmediatamente quede ejecutoriada la providencia que le ponga fin al proceso o notificado el auto de obediencia a lo dispuesto por el superior, con sujeción a las siguientes reglas:

(...)

4. Para la fijación de agencias en derecho deberán aplicarse las tarifas que establezca el Consejo Superior de la Judicatura. Si aquéllas establecen solamente un mínimo, o éste y un máximo, el juez tendrá en cuenta, además, la naturaleza, calidad y duración de la gestión realizada por el apoderado o la parte que litigó personalmente, la cuantía del proceso y otras circunstancias especiales, sin que pueda exceder el máximo de dichas tarifas.

(...)

<sup>12</sup> Expediente No. 4593-2013, actor Ivonne Ferrer Rodríguez, Consejero Ponente doctor Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

El término dispondrá de acuerdo con el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, es sinónimo de “decidir, mandar, proveer”, es decir, que lo previsto por el legislador en la norma no es otra cosa que la facultad que tiene el juez para pronunciarse sobre la condena en costas, y decidir si hay o no lugar a ellas ante la culminación de una causa judicial.

La norma contenida en el citado artículo 188, no impone al funcionario judicial la obligación de condenar en costas, solo le da la posibilidad de “disponer”, esto es, de pronunciarse sobre su procedencia.

La mencionada sentencia, precisó que si bien es cierto en la Ley 1437 de 2011, no aparece la previsión que contenía el artículo 171 del Decreto 01 de 1984, referido a la potestad de imponer condena en costas, “teniendo en cuenta la conducta asumida por las partes”, también lo es que la norma establecida en la Ley 1437 de 2011, no impone la condena de manera automática, frente a aquél que resulte vencido en el litigio, pues debe entenderse que ella es el resultado de observar una serie de factores, tales como, la temeridad, la mala fe y la existencia de pruebas en el proceso sobre la causación de gastos y costas en el curso de la actuación, en donde el juez pondera tales circunstancias y se pronuncia sobre la procedencia de imposición con una decisión sustentada.

La anterior interpretación se ajusta a lo previsto en el artículo 365 del Código General del Proceso, el cual señala que la condena en costas se impone en los procesos y actuaciones posteriores a aquellos “...en que haya controversia...” y “...sólo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación.

En el presente caso, no es procedente imponerlas a la parte vencida, toda vez que no se observa y verifica una conducta de mala fe que involucre abuso del derecho, ya que la parte demandante esbozó argumentos que aunque no prosperaron, son jurídicamente razonables.<sup>13</sup>

---

<sup>13</sup> Postura que ha sido reiterada por el Consejo de Estado. Sección segunda. Subsección “B”. Consejera ponente: SANDRA LISSET IBARRA VELEZ. Bogotá, D.C., veintinueve (29) de febrero de dos mil dieciséis (2016). Radicación número: 73001-23-33-000-2013-00534-01(3650-14). Actor: MARIA ELENA MENDOZA SOTELO. Demandado: MINISTERIO DE DEFENSA - POLICIA NACIONAL

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Cuarenta y Seis Administrativo Oral del Circuito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley.

**FALLA**

**PRIMERO. NIEGANSE LAS SÚPLICAS DE LA DEMANDA**, de conformidad con los argumentos expuestos en la parte considerativa de esta providencia.

**SEGUNDO.** No condenar en costas, conforme se advierte en la parte motiva de esta sentencia.

**TERCERO.** Ejecutoriada esta providencia archívese el expediente, previa devolución del remanente de los dineros consignados para gastos del proceso en caso que lo hubiere.

**CÓPIESE, NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE**

**ELKIN ALONSO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ**  
Juez