



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL HUILA

Neiva, veintisiete (27) de abril de dos mil veintiuno (2021)

MAGISTRADO PONENTE	: JORGE ALIRIO CORTÉS SOTO
RADICACIÓN	: 41003333003- 2013-00152-01
ACCIONANTE	: ROSA CUENCA VALDERRAMA
ACCIONADO	: CASUR
MEDIO CONTROL	: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

1. TEMA.

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia proferida el 31 de enero de 2018 por el Juzgado Tercero Administrativo de Neiva.

2. ANTECEDENTES DE LA PRIMERA INSTANCIA.

2.1. Posición de la parte actora.

Solicitó la nulidad de las Resoluciones No. 10185 de septiembre 12 y 20087 de diciembre 4 de 2012, con las cuales la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional le negó a la señora Rosa Cuenca Valderrama el reconocimiento y pago de la sustitución pensional por el fallecimiento de su cónyuge, el agente retirado, Leonardo Téllez Rojas y que en consecuencia, se le reconozca dicha prestación desde el fallecimiento de este y en la cuota parte a que tiene derecho según el parágrafo 2º del artículo 11 del Decreto 4433 de 2004.

Además, solicitó ordenar a la demandada reintegrar a la señora Cuenca Valderrama las sumas pagadas por servicios médicos, asistencia jurídica y alimentaria y 150 smlmv por el "perjuicio moral, material, ético, social y familiar" que padeció con los actos demandados, también se declare que "no existió solución alguna de continuidad en el reconocimiento y pago de sus derechos como cónyuge", disponiéndose que el pago de las sumas adeudadas se actualice conforme al IPC y se dé cumplimiento a la sentencia en los términos de los artículos 192 y siguientes del CPACA.

El **sustento fáctico** señaló que 25 de julio de 2012, solicitó a CASUR el reconocimiento y pago de la asignación de retiro por la muerte de su legítimo esposo, Leonardo Téllez Rojas¹, al igual que el porcentaje que corresponde de dicha prestación para sus menores hijos Cristián Leonardo, Karen Yulieth y Leidy Vanesa Téllez Cuenca.

Agregó que con escrito de septiembre 13 de 2012 allegó la documentación solicitada por la demandada y el 24 de septiembre siguiente le fue comunicada la Resolución No. 10185 de septiembre 12 de 2012, que reconoció la sustitución de la asignación de retiro a Yineth Mañozca Almario en su calidad de compañera permanente del causante y a sus hijos Andrés Leonardo y Yulitza Téllez Mañozca, en cuantía del 70% del total de la prestación.

Señaló que en el artículo sexto del referido acto administrativo le fue denegado el derecho a la sustitución pensional, aduciendo la demandada que no cumple con el requisito de la convivencia del artículo 11-11.5 del Decreto 4433 de 2004; decisión de la cual se notificó "mediante escrito enviado por SURENVIOS mediante guía No. 2126891" y contra la misma interpuso recurso de reposición allegando declaraciones extraprocesales que demuestran el cumplimiento del aludido requisito, no obstante fue confirmada mediante la Resolución No. 20087 de diciembre 12 de 2012.

Consideró **vulnerados** los artículos 1, 2, 4, 6, 13, 29, 31, 48, 83, 85, 90, 228 y 230 de la Constitución Política; inciso 3º literal b parágrafo segundo del artículo 11 del Decreto 4433 de 2004.

El **concepto de la violación** invocó las causales de anulación de haberse expedido el acto administrativo con infracción de las normas en que debió fundarse y desviación de poder, además desconoció los derechos a la igualdad, mínimo vital, vida digna y debido proceso e incurrió en defecto sustantivo² al negar la sustitución pensional solicitada.

Lo anterior, en tanto le asiste dicho derecho a pesar de haberse separado de hecho de su cónyuge y este haber convivido por más de 5 años con su compañera permanente, pues mantuvo con el mismo la sociedad conyugal vigente y por ello conforme al inciso 3º literal b parágrafo segundo del artículo 11 del Decreto 4433 de 2004, la prestación corresponde a Yineth Mañozca Almario (compañera

¹ Sin más datos

² Con apoyo en las sentencias T-588/2010, C-1035/2008 que transcribió in extenso y T-995/2007

permanente) en proporción al tiempo convivido y la otra cuota parte a Rosa Cuenca Valderrama (cónyuge con sociedad conyugal vigente).

Agregó que con las declaraciones extraproceso aportadas en sede administrativa, demostró que tras la muerte de su cónyuge quedó junto a sus tres menores hijos totalmente desprotegida, sin seguridad social y viendo afectado su mínimo vital, pues el señor Leonardo Téllez Rojas suministraba la alimentación, vestuario, salud y techo al hogar; razones suficientes para acceder a las pretensiones.

Al **alegar de conclusión** (f. 384 a 393) reiteró los argumentos esgrimidos en el escrito de demanda que propenden por la prosperidad de las pretensiones, agregando que el legislador con el literal b del párrafo segundo del artículo 11 del Decreto 4433 de 2004 quiso proteger tanto a la compañera permanente como a la cónyuge con sociedad conyugal vigente, el derecho a la sustitución de la asignación de retiro en caso de fallecimiento del titular.

2.2. Posición de la parte demandada.

2.2.1. Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional – CASUR.

No contestó la demanda (f. 89) y al **alegar de conclusión** (f. 380 a 383) adujo que no es viable el reconocimiento prestacional pretendido por la actora, pues no demostró la convivencia bajo el mismo techo y una vida de socorro con el causante para la fecha de su deceso, advirtiendo que además de los actos demandados se profirió la Resolución No. 2267 de abril 9 de 2013, la cual redistribuyó la sustitución pensional reconociendo como beneficiarios a los menores Karen Julieth y Leidy Vanessa Téllez Cuenca y denegó el derecho a Cristián Leonardo Téllez Cuenca por ser mayor de edad y no demostrar su condición de estudiante.

Señaló que denegó la sustitución pensional a la demandante con fundamento en el literal a) del párrafo segundo del artículo 11 del Decreto 4433 de 2004, el cual exige a la cónyuge o compañera permanente, haber convivido con el fallecido 5 años continuos anteriores a la muerte, aspecto que no fue acreditado por la señora Rosa Cuenca Valderrama, quien no mantuvo una verdadera vida de pareja con el extinto Leonardo Téllez Rojas, aduciendo que el causante en vida presentó dos declaraciones donde manifiesta ser casado con la antes nombrada pero separado y convivir con la señora Yineth Mañozca Almario desde el año 2005.

Añadió que los testimonios aportados por la actora, si bien señalaron haberla conocido como pareja del causante, no mostraron un conocimiento certero de los hechos de la demanda pues no percibieron directamente los mismos, por el contrario, los declarantes de Yineth Mañozca Almario, la compañera permanente, revelaron haber presenciado la convivencia y ayuda mutua entre esta y su compañero permanente, por lo que las pretensiones resultan improcedentes.

2.2.2. Yineth Mañozca Almario.

El *a quo* dentro del marco de la audiencia inicial vinculó al contradictorio a Yineth Mañozca Almario, por cuanto los actos demandados también definieron su derecho a la sustitución pensional (f. 92 y 93) y al concurrir al proceso se opuso a **las pretensiones** (f. 100 a 109), señalando en relación con **los hechos** que son ciertos los relacionados con la solicitud de la sustitución pensional elevada por la actora y la expedición de los actos demandados, sin constarle que la demandada hubiera requerido documental alguna a la demandante para continuar el trámite ni que esta se hubiera notificado personalmente de la resolución que le negó el derecho pretendido, menos que hubiera interpuesto el recurso de reposición contra la misma.

En las **razones de defensa** expuso que para reconocerle la sustitución de la asignación de retiro la entidad demandada tuvo en cuenta las declaraciones extraproceso de junio 7 y 9 de 2012, en las que el causante manifestó haberse separado de la señora Rosa Cuenca Valderrama y convivir desde el año 2005 y durante 7 años con Yineth Mañozca Almario, quien cuidó de su enfermedad y que de dicha unión procrearon dos hijos, lo cual fue confirmado en la declaraciones de Deyanira Aguirre Cadena y Gloria Esperanza Hernández Ortiz realizadas ante notario el 24 de julio de 2012.

Por lo anterior, adujo haber cumplido lo dispuesto en el literal a) del parágrafo segundo del artículo 11 del Decreto 4433 de 2004 para acceder a la sustitución de la asignación de retiro de su compañero y no así la señora Rosa Cuenca Valderrama, por eso los actos demandados se encuentran ajustados a derecho.

Arguyó que en el recurso de reposición interpuesto por la actora en sede administrativa, "de forma injuriosa y ofensiva" indicó que las declaraciones extrajuicio rendidas en vida por el fallecido, fueron rubricadas inconscientemente por él, dado su estado agónico y convaleciente, lo cual no fue probado, por el

contrario un día antes del deceso confirió poder para adelantar ante la justicia ordinaria la cesación de los efectos civiles del matrimonio celebrado con la señora Rosa Cuenca Valderrama y para obtener como prueba anticipada la confesión de la antes nombrada sobre la separación de cuerpos, trámites que no se adelantarán dada la muerte repentina del poderdante.

Indicó que las declaraciones aportadas por la demandante faltan a la verdad, pues no es cierto que el causante conviviera en forma simultánea con su cónyuge y compañera permanente, pues aquella nunca acompañó al pensionado durante su enfermedad, habiendo fallecido en la residente de su progenitora acompañado por la misma y por Yineth Mañozca Almario, advirtiendo que a pesar de existir el vínculo jurídico del matrimonio al momento del deceso, la separación de cuerpos por más de 7 años permite inferir que no existió la intención de conformar una familia con la demandante, debiendo premiarse la convivencia y el apoyo mutuo para resolverse el presente asunto³.

Al **alegar de conclusión** (f. 394 a 401), reiteró los argumentos de defensa contenidos en la contestación, referentes a no haber demostrado la actora en sede administrativa, la convivencia simultánea del causante con su cónyuge y compañera permanente, agregando que ello tampoco ocurrió en sede judicial dado que los testimonios de Deyanira Aguirre Cadena y Evelin Téllez Rojas, quienes presenciaron los hechos, ratifican la separación de la demandante y el causante y la convivencia de este con Yineth Mañozca Almario con vocación de conformar una familia, en tanto los testimonios de la parte actora se contradicen con los hechos y se vieron incómodos en sus respuestas, lo cual les resta credibilidad máxime cuando no fueron cercanos a la familia.

Manifestó que la demandante perdió su condición de beneficiaria de la sustitución pensional dada la separación de hecho por más de 5 años entre la misma y el fallecido (art. 12 Decreto 4433 de 2004), razón por la cual no le asiste el derecho invocado.

2.3. El Ministerio Público.

No rindió concepto (f. 402).

³ Con apoyo en la sentencia del Consejo de Estado de mayo 3 de 2012, C.P. Bertha Lucía Ramírez de Páez, Rad. 25000232500020080081101(167611).

2.4. La sentencia de primera instancia.

El Juzgado Tercero Administrativo de Neiva dictó sentencia el 31 de enero de 2018 (f. 403 a 410), negando las pretensiones de la demanda (numeral 1º) y condenando en costas a la parte actora (numeral 2º), entre otras ordenaciones.

Para llegar a tal decisión, trajo en cita el marco normativo y jurisprudencial de la asignación de retiro de los miembros de la fuerza pública y la sustitución de la misma⁴, concluyendo frente al derecho de los cónyuges y compañeros permanentes que:

i) cuando no exista vínculo matrimonial los compañeros permanentes tiene derecho a la sustitución pensional, siempre que acrediten haber convivido con el causante durante los 5 años anteriores al fallecimiento, ii) cuando concurren a reclamar cónyuge y compañero permanente, este también tendrá derecho en una cuota parte calculada sobre el tiempo convivido que no podrá ser inferior a 5 años, iii) en todo caso, el cónyuge tiene derecho a la sustitución pensional mientras esté vigente el vínculo matrimonial y no se presente causal alguna de pérdida del derecho (art. 12 Decreto 4433 de 2004).

Luego de enlistar los medios probatorios obrantes en el plenario, en el caso en concreto evidenció que al agente Leonardo Téllez Rojas le fue reconocida asignación de retiro a partir del 8 de enero de 2011 y falleció el 19 de julio de 2012, por ello el presente asunto se debe juzgar con fundamento en el Decreto 4433 de 2004, vigente para la época del deceso.

Advirtió que la señora Rosa Cuenca Valderrama no puede presentarse como beneficiaria del señor Téllez Rojas, por cuando perdió tal condición al llevar más de 5 años separada de hecho del causante al momento del fallecimiento, como lo prevé el artículo 12-12.5 *Id.*

Lo anterior, debido a que obra declaración extraprocesal del señor Téllez Rojas de julio 9 de 2012, en la cual indica haber residido en el municipio de Paicol y desde hace 7 años convivía con la señora Yineth (es decir desde el año 2005) con quien procreó 2 hijos, lo cual fue corroborado por el testimonio de las señoras Deyanira

⁴ Artículos 3º de la Ley 923 de 2004, 11 y 40 del Decreto 4433 de 2004; sentencias C-456/15 y T578/12

Aguirre Cadena y Evelin Téllez Rojas, quienes de manera precisa y consistente relataron las condiciones de la convivencia entre el causante y su compañera permanente y las razones por las cuales aquel no tenía contacto con su cónyuge, a diferencia de los testimonios de la parte actora "quienes por ejemplo, en el caso del señor Guadalupe Mena Córdoba, expresó que llevaba 4 años sin tener contacto con el causante".

Concluyó que si bien al momento del fallecimiento de Leonardo Téllez Rojas, no se había disuelto la sociedad conyugal que tenía con la demandante, se probó que los mismos desde el año 2005 no convivían, por lo que al no existir la convivencia simultánea alegada, no se puede aplicar el inciso tercero del literal b) del parágrafo 2º del artículo 11 del Decreto 4433 de 2004, ya que conforme al artículo 12-12.5 Id la señora Cuenca había perdido su calidad de beneficiaria de la sustitución pensional.

2.5. El recurso de apelación.

La parte demandante apeló la sentencia de primera instancia (f. 229 a 244), solicitando su revocatoria y en su lugar se acceda a las pretensiones, para lo cual insistió en los argumentos del concepto de violación expuestos en la demanda, referentes a asistirle el derecho a la sustitución de la asignación de retiro por la muerte de su cónyuge a pesar de haberse separado del mismo y este haber convivido por más de 5 años con su compañera permanente, pues mantuvo con el mismo la sociedad conyugal vigente y por ello la pensión debe distribuirse en los términos del inciso 3º literal b parágrafo segundo del artículo 11 del Decreto 4433 de 2004.

Añadió no ser cierto que se hubiera separado de Leonardo Téllez Rojas como lo argumenta la compañera permanente de este, refiriendo haberse demostrado que al señor Téllez Rojas le fue reconocida la asignación de retiro a partir del 8 de enero de 2011 y falleció el 19 de julio de 2012, habiendo declarado ante notario extrañamente en su lecho de muerte el 9 de julio de 2012 que se había separado de su cónyuge y que desde hacía 7 años convivía con Yineth Mañozca Almario, quien se aprovechó del estado de debilidad manifiesta del causante para recepcionar su declaración que riñe con la verdad, pues el causante en los años 2008 y 2009 en distintas oportunidades compartió en familia con su esposa e hijas como lo demuestra las fotografías que aporta con el recurso de apelación, sin que

entre los años 2009 y 2012 (en que falleció el causante) hubieran transcurrido más de 3 años.

3. LA SEGUNDA INSTANCIA. CONSIDERACIONES.

3.1. Actuaciones procesales.

El recurso se admitió por auto del 23 de mayo de 2018 (f. 4, C. 2ª I.); se corrió traslado para las alegaciones en auto de agosto 1º del mismo año (f. 9, Id.), término dentro del cual la demandante iteró los argumentos del recurso de apelación y CASUR insistió en los alegatos conclusivos de primera instancia (f. 13 y 14, 15 a 24 Id.), mientras que Yineth Mañozca Almario y el Ministerio Público guardaron silencio (f. 27 Id.).

3.2. Competencia, legitimación y validez.

La Corporación es competente para dirimir esta instancia, de conformidad con el artículo 153 del CPACA, pues no se avizoran circunstancias que invaliden lo actuado y las partes están legitimadas por cuanto la demandada con el acto acusado, le negó a la actora la sustitución pensional pretendida en la cuota parte que aduce corresponderle y por eso el interés en que se resuelva sobre su legalidad.

3.3. Cuestión preliminar.

La parte demandante con su alzada, aportó 6 fotografías para que sean valoradas en esta instancia con las cuales pretende demostrar la convivencia que mantuvo con el causante, frente a lo cual advierte el Tribunal que dicha solicitud probatoria deviene improcedente.

Es que el artículo 212 del CPACA⁵ prevé que en segunda instancia, cuando se trate de apelación de sentencia, en el término de ejecutoria del auto que admite el recurso, las partes podrán aportar o pedir pruebas que se decretarán cuando: i) se pidan de común acuerdo por las mismas partes, ii) decretadas en primera instancia dejaron de practicarse sin culpa de quien las pidió, iii) versen sobre hechos acaecidos después de transcurrida la oportunidad de pedir pruebas en primera instancia, iv) se trate de pruebas que no pudieron solicitarse por fuerza mayor o caso fortuito o por obra de la parte contraria, v) con ellas se trate de

⁵ Modificado por el artículo 53 de la Ley 2080 de 2021.

desvirtuar las pruebas de los numerales iii y iv, caso en el cual deberán solicitarse en el término de ejecutoria del auto que las decreta.

La Corporación observa que si bien la solicitud probatoria elevada por la demandante cumple con el requisito de oportunidad, toda vez que se presentó con anterioridad a la admisión del recurso de apelación tal y como lo estableció el Consejo de Estado en un caso similar⁶, la misma no encuadra en ninguna de las eventualidades arriba señaladas que la autorizan y por eso no hay lugar a su decreto e incorporación de la documental aludida en este momento procesal.

3.4. Problema jurídico.

Se plantea al Tribunal resolver:

i) ¿Debe revocarse la providencia de primer grado, porque a la señora Rosa Cuenca Valderrama Medina le asiste el derecho a la sustitución de la asignación de retiro por el fallecimiento de su cónyuge, el señor Leonardo Téllez Rojas, en forma compartida con la señora Yineth Mañozca Almario quien fuera compañera permanente del mismo?

ii) ¿Mantiene la demandante su calidad de beneficiaria de la sustitución pensional pretendida al no haberse disuelto el vínculo matrimonial, pese a haberse separado de hecho del causante y él haber convivido por más de 5 años con Yineth Mañozca Almario?

La tesis del Tribunal es que a Rosa Cuenca Valderrama no le asiste derecho a la sustitución de la asignación de retiro pretendida, por cuanto la misma perdió su calidad de beneficiaria tras haberse separado del causante por más de 5 años anteriores al deceso; por lo que habrá de confirmarse la sentencia apelada.

3.5. Sustitución de la asignación de retiro de los miembros de la fuerza pública: pérdida del derecho por parte del cónyuge supérstite.

El artículo 150-19 literal e) de la Carta Política, estableció que corresponde al Congreso dictar las leyes y señalar en ellas los criterios a los cuales debe sujetarse el gobierno para fijar el régimen salarial y prestacional de los miembros de la fuerza pública.

⁶ Consejo de Estado Sección Tercera Subsección A, auto de febrero 2 de 2021, C.P. María Adriana Marín, Rad. 25000-23-36-000-2014-00556-02(66020)

En cumplimiento del anterior mandato, a través de la Ley 923 de 2004, se señalaron las normas, objetivos y criterios que debería observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen de la asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública y su sustitución, en acatamiento de los cuales el Presidente de la República expidió el Decreto 4433 de 2004⁷, el cual estableció que a la muerte de un oficial, suboficial, alumno o soldado de las fuerzas militares, miembro del nivel ejecutivo, agente o alumno de la policía nacional en goce de asignación de retiro o pensión, sus beneficiarios tendrán derecho a una pensión mensual equivalente a la totalidad de la asignación o pensión que venía disfrutando el causante (art. 40).

En lo tocante a los beneficiarios, la normativa en comento (Decreto 4433) previó que las pensionas causadas por la muerte de un agente de policía, tendrán el siguiente orden:

i) la mitad al cónyuge o compañero permanente y la otra mitad a los hijos menores de 18 años y hasta los 25 sí dependían económicamente del causante y a los hijos inválidos, ii) sino hubiere cónyuge o compañero permanente la prestación corresponderá integralmente a los hijos, iii) a falta de hijos la pensión corresponderá la mitad al cónyuge o compañero permanente y la otra mitad a los padres que dependían económicamente del causante, iv) en ausencia de cónyuge o compañero permanente e hijos la pensión se dividirá entre los padres que dependían económicamente del *de cujus*, v) a falta de todos los anteriores, el beneficio corresponderá a los hermanos menores de 18 años o inválidos cuyo único sostén era el fallecido (art. 11).

Para el específico caso de existir cónyuge y compañera permanente que pretendan la sustitución pensional, el estatuto en estudio previó las siguientes reglas en el párrafo segundo de su artículo 11, así:

“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;

⁷ “Por medio del cual se fija el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública”.

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. (Subrayado y negrillas del Tribunal)

También previó el decreto 4433 de 2004 que falta el cónyuge o compañero permanente y por tanto se pierde el derecho a la sustitución pensional en las siguientes circunstancias: i) muerte real o presunta, ii) nulidad del matrimonio, iii) divorcio o disolución de la sociedad de hecho, iv) separación de legal de cuerpos y v) “cuando lleven cinco (5) o más años de separación de hecho” (art. 12).

El anterior recuento, permite al Tribunal concluir que cuando concurren a reclamar la sustitución de la asignación de retiro la cónyuge separada de hecho y la compañera permanente que no hayan convivido simultáneamente con el causante, corresponde demostrar a la primera que el vínculo matrimonial no ha sido disuelto y a la segunda que convivió con el causante durante los 5 años anteriores a su deceso, y en todo caso tanto la una como la otra accederán a dicha prestación siempre y cuando no incurran en causal de pérdida del derecho y ese derecho se pierde, cuando ha existido separación de hecho con el pensionado por 5 o más años.

3.6. Lo probado.

El 23 de septiembre del 2000 Leonardo Rojas Téllez y Rosa Cuenca Valderrama contrajeron matrimonio católico en la parroquia San Judas Tadeo del municipio de Neiva, según se desprende del registro civil de matrimonio allegado (f. 47), quienes además figuran como progenitores de Cristian Leonardo, Karen Yulieth y

Leidy Vanessa Téllez Cuenca como se consignó en sus registros civiles de nacimiento que fueron aportados (f. 44 a 46).

El 26 de octubre de 2006 nacieron Yulitza y Andrés Leonardo Téllez Mañozca, figurando como sus progenitores Leonardo Rojas Téllez y Yineth Mañozca Almario como se encuentra en los registros civiles de nacimiento allegados (f. 367 y 368).

Mediante Resolución No. 7165 de diciembre 20 de 2010 (f. 155 y 156) le fue reconocida asignación de retiro a Leonardo Rojas Téllez en cuantía del 74% del sueldo básico y demás partidas computables, efectiva a partir del 8 de enero de 2011.

El 19 de julio de 2012 falleció el señor Leonardo Rojas Téllez según se aprecia en el registro civil de defunción arrimado (f. 43).

El 30 de julio de 2012 la señora Rosa Cuenca Valderrama en su calidad de cónyuge supérstite del causante, solicitó a la demandada el reconocimiento del 50% de la asignación de retiro que este en vida devengaba y el otro 50% en favor de sus hijos Cristián Leonardo, Karen Yulieth y Leidy Vanessa Téllez Cuenca (f. 261 a 265).

El 1º de agosto de 2012 la señora Yineth Mañozca Almario en su calidad de compañera permanente del citado pensionado, solicitó a la demandada reconocer a su favor y de sus menores hijos Andrés Leonardo y Yulieth Téllez Mañozca, la sustitución de la asignación de retiro que en vida devengaba Leonardo Rojas Téllez (f. 267 y 274).

A través de la Resolución No. 10185 de septiembre 12 de 2012 el Director General del Ministerio de Defensa Nacional, reconoció la sustitución de la asignación de retiro a partir del 19 de julio de 2012 a Yineth Mañozca Almario, en cuantía del 50% y para los menores Andrés Leonardo y Yulitza Téllez Mañozca en cuantía del 20%, negando el reconocimiento de dicha prestación a Rosa Cuenca Valderrama por no haber cumplido el requisito de la convivencia con el fallecido dentro de los 5 años anteriores al deceso y dejando pendiente de reconocer el restante 30% para Cristian Leonardo, Karen Yulieth y Leidy Vanessa Téllez Cuenca hasta cuando aporten las pruebas que acrediten su derecho.

El 1º de octubre de 2012 la actora interpuso recurso de reposición en contra del citado acto administrativo (f. 34 a 39), insistiendo asistírle derecho a la sustitución

pensional por haber convivido con el causante hasta la fecha de su muerte y en caso de no acogerse lo solicitado, se pague la cuota parte que corresponda por haber mantenido vigente la sociedad conyugal a la fecha del fallecimiento, conforme al inciso 3º del literal b del párrafo 2º del artículo 11 del Decreto 4433 de 2004 procediendo la demandada con la Resolución No. 20087 de diciembre 4 de 2012 a confirmar la decisión inicial (f. 31 y 32).

Con la Resolución No. 2267 de abril 9 de 2013 (f. 344 a 346) se reconoció a partir del 19 de julio de 2012, cuota de sustitución de asignación de retiro a Karen Yulieth y Leidy Vanessa Téllez Cuenca en cuantía del 20% y se denegó dicho derecho a Cristian Leonardo Téllez Cuenca al no haber demostrado su condición de estudiante, ordenándose distribuir el 10% de la prestación dejada de asignar al antes nombrado entre los demás hijos del causante.

3.7. Caso concreto.

Atendiendo a la relación de pruebas efectuada, se tiene que a Leonardo Téllez Rojas le fue reconocida asignación de retiro a partir del 8 de enero de 2011 y que murió el 19 de julio de 2012 gozando de dicha prestación, por lo que la sustitución de la asignación de retiro debe juzgarse a la luz del Decreto 4433 de 2004, vigente para la fecha del fallecimiento, aspecto sobre el cual no existe controversia en el presente asunto.

Así las cosas, se tiene que la señora Rosa Cuenca Valderrama no cumple con los requisitos dispuestos por el Decreto 4433 de 2004 para acceder a la sustitución de la asignación de retiro pretendida, pues si bien al momento de la muerte del causante la unión matrimonial contraída con el mismo el 23 de septiembre de 2000 se encontraba vigente (f. 47) al no haberse demostrado que dicha sociedad se disolvió, lo cierto es que la demandante perdió su condición de beneficiaria al haber tenido una separación de hecho con el fallecido superior a los 5 años, como lo prevé el artículo 12 del estatuto en mención.

Obran declaraciones extraproceso rendidas en vida por el señor Leonardo Téllez Rojas el 7 de junio y 9 de julio de 2012 ante la Notaria Quinta del Círculo de Neiva (f. 276 y 277), en las cuales indicó residir en el municipio de Paicol y haberse separado de la señora Rosa Cuenca Valderrama, también convivir desde hace 7 años con la señora Yineth Mañozca Almario, quien es la persona que ha brindado todas las atenciones que su "larga enfermedad" ha requerido y procreó con la misma a sus menores hijos Andrés Leonardo y Yulitza Téllez Mañozca, añadiendo

que dicha declaración la efectúa “para que mi compañera permanente y mis dos hijos sean tenidos en cuenta como beneficiarios en caso de sustitución pensional”.

Las anteriores declaraciones extraproceso serán tenidas en cuenta por el Tribunal, toda vez que fueron presentadas por la aquí vinculada Yinteh Mañozca Almarío ante la demandada al solicitar el reconocimiento de su derecho y fueron incorporadas en esta instancia en la audiencia de pruebas de marzo 11 de 2016 (f. 377 y 379), de tal suerte que la cónyuge tuvo la oportunidad de controvertirlas (artículo 222 del CGP), sin que lo hubiera hecho, por lo que adquieren plena eficacia jurídica y serán valoradas en conjunto con las demás pruebas como lo ha establecido el precedente⁸.

Aunado a lo anterior, en esta instancia judicial se recibió el testimonio de la señora Deyanira Aguirre Cadena, la cual guarda correspondencia con lo expuesto anteriormente (f. 378 y CD), pues en su dicho indicó residir en el municipio de Paicol cerca a la estación de policía y conocer a Yineth Mañozca quien fue su empleada y al señor Leonardo Téllez Rojas quien era policía en dicha municipalidad, señalando que en los últimos 7 años de vida el señor Téllez mantuvo una relación sentimental con la señora Mañozca, lo cuidó junto a su hermana durante la enfermedad de cáncer de estómago que padeció y con quien procreó mellizos, agregando que el causante falleció en la ciudad de Neiva en la residencia de su progenitora y duró 2 años en quimioterapias, sin que los hijos que tuvo con la señora Rosa Cuenca lo hubieran visitado, lo cual sabe porque constantemente visitaba al pensionado quien pese a su enfermedad siempre fue lúcido y en una oportunidad le pidió le recomendara un abogado para divorciarse de su esposa, habiéndole presentado al abogado Andrés Pastrana.

Las aludidas manifestaciones guardan correspondencia con lo expuesto en el testimonio de la señora Evelin Téllez Rojas (f. 378 y CD), la cual indicó ser hermana del señor Leonardo Téllez y que el grupo familiar de este al momento del deceso estaba conformado por Yineth Mañozca y sus dos hijos, precisando que para la muerte de su hermano ocurrida en Neiva, la señora Rosa Cuenca no tenía ningún vínculo con él, pues desde el año 2005 le había contado a la familia que tenía otra esposa, asegurando haber atendido a su hermano junto a la señora Mañozca durante el cáncer que padeció y que los hijos que tuvo con Rosa Cuenca solo lo visitaban cuando le pagaban la pensión, también que la declaración que

⁸ Consejo de Estado Sección Segunda Subsección A, sentencia de junio 18 de 2020, C.P. Gabriel Valbuena Hernández, Rad. 54001-23-33-000-2017-00168-01(6177-18)

rindió el señor Téllez ante notario la dio en el hospital previa verificación de su estado de salud mental por parte del notario.

Lo dicho por las declarantes goza de credibilidad si se tiene en cuenta que explicaron la ciencia de sus dichos, en razón a la vecindad, relación de trabajo y parentesco que mantuvieron con el causante y la señora Yineth Mañozca Almario, advirtiendo que los mismos convivieron bajo el mismo techo durante 7 años y hasta el fallecimiento de aquel, al punto que procrearon dos hijos, además de manera espontánea agregaron que el señor Téllez ningún vínculo afectivo mantenía con la aquí demandante y que su compañera Yineth Mañozca Almario prestó apoyo y afecto al mismo en los últimos días de su enfermedad, precisando las condiciones de tiempo, modo y lugar en que ello acaeció y si bien no precisaron los hitos temporales de esa convivencia, son claras y enfáticas en señalar que ello acaeció desde el año 2005 hasta la fecha del deceso (año 2012), es decir alrededor de 7 años.

Estas manifestaciones guardan correspondencia con lo establecido en la prueba documental, pues en el registro civil de defunción se consignó que el deceso ocurrió en la ciudad de Neiva (f. 43), también se allegaron los poderes conferidos el 18 de julio de 2012 por el señor Leonardo Téllez Rojas al profesional del derecho Andrés Orlando Pastrana Aristizabal, dirigidos al Juez de Familia de Neiva (reparto) y al Juez Promiscuo Municipal de Tesalia para adelantar el proceso de cesación de los efectos civiles del matrimonio católico celebrado con Rosa Cuenca Valderrama y obtener prueba de confesión sobre la separación de cuerpos con la misma, lo cual es confirmatorio de la separación de hecho que existió entre los antes nombrados.

Adicionalmente, las deponentes de manera unánime refieren que pese a la enfermedad catastrófica padecida por el señor Téllez Rojas, el mismo siempre se mantuvo lucido y que la declaración ante notario la rindió en el hospital, previa verificación por parte de dicho funcionario de las condiciones mentales del declarante, por manera que el alegado aprovechamiento del estado debilidad manifiesta del señor Téllez para obtener su declaración no se acoge, máxime cuando la parte demandante no logró desvirtuar probatoriamente lo allí manifestado por el pensionado.

Es que el testigo Jorge Enrique Gualteros Salcedo (f. 378 y CD), quien indicó que el señor Leonardo Téllez Rojas solo tuvo como compañera a la demandante y que la misma cuidó de su enfermedad hasta la fecha del deceso, refirió saber de ello por haber laborado como policía junto al causante en Paicol, Tesalia y Pacarní, lo cual pone de relieve que el conocimiento de los hechos por parte del testigo se debió a la relación de compañerismo que mantuvo con el señor Téllez mientras este estuvo en actividad, sin indicar que luego de pensionado hubiera tenido contacto con el mismo ni que lo hubiera acompañado en la ciudad de Neiva donde recibió tratamiento médico y finalmente falleció, con lo cual se hubiera cerciorado de la compañera que estuvo a su lado hasta el final de sus días y por ello se resta credibilidad a su dicho.

Lo mismo ocurre con el testimonio de Guadalupe Mena Córdoba (f. 378 y CD), quien manifestó haber sido compañero de labores policiales del causante y nunca haberlo visitado mientras estuvo enfermo en la ciudad de Neiva, además, frente a la conformación del hogar adujo no tener conocimiento si el señor Téllez tenía pareja, contradiciéndose con lo expuesto en la declaración extraprocesal rendida ante notario el 16 de enero de 2013 (f. 51) en la que adujo que la señora Rosa Cuenca Valderrama era su legítima esposa y que jamás abandonó su hogar, quitando así verosimilitud a su relato.

Tampoco el dicho de la deponente María Castro Pérez (f. 378 y CD) tiene la virtud, por sí sola, de demostrar que la demandante convivió con el causante hasta su muerte y que no hubo separación de hecho, pues indicó que en razón a la vecindad con los mismos veía que el causante entraba y salía de la casa de Rosa Cuenca Valderrama sin constarle de separación alguna, sabiendo de oídas de la señora Cuenca que esta visitaba a su cónyuge en la ciudad de Neiva y que lo atendía durante su enfermedad, sin haberlo presenciado directamente ni constarle.

La valoración de conjunto de las pruebas antes referidas, permite a la Sala tener por acreditado que entre la demandante y el causante existió una separación de hecho superior a 5 años, anterior a la fecha del fallecimiento, por manera que para dicho periodo entre los mismos no existió la voluntad de mantener una familia que es lo que protege la sustitución pensional, tal y como lo ha señalado el precedente del Consejo de Estado:

"La "convivencia" entendida no solamente como "habitar juntamente" y "vivir en compañía de otro" sino como acompañamiento espiritual y moral permanente, auxilio, apoyo económico y vida en común es el cimiento del concepto de familia. Núcleo básico de la sociedad que, como ya se indicó, es el objeto principal de protección de la sustitución pensional. Para la Sala, si bien es cierto que antes de la muerte del pensionado, se dio una separación entre el causante y la actora, también lo es que ese distanciamiento no modificó, a pesar de los graves problemas de salud que lo aquejaban a él, la voluntad de ellos de mantener una comunidad de vida, con todo lo que ello implica. En efecto, arrendar un inmueble para los dos, brindarse mutuamente coberturas en salud, confiarse el manejo de los recursos económicos (cobro de mesada pensional de octubre de 2002), asistirse (recibir autorización en la casa de los hijos), proyectar y conjurar, de alguna manera, las circunstancias adversas que se pudieran presentar (plan funerario), son hechos que dejan entrever, fehacientemente, la voluntad de mantener un hogar, una familia, con todo lo que ello implica, comunidad de vida, acompañamiento (espiritual y moral), auxilio y apoyo de carácter exclusivo⁹. (Subrayas son del Tribunal).

En conclusión, al llevar la demandante 5 o más años de separación de hecho con el causante como se estableciera, la misma perdió el derecho a la sustitución pensional como lo prevé el régimen especial que le resulta aplicable (art. 12 Decreto 4433 de 2004), debiendo entenderse que nos encontramos ante la falta de cónyuge y en tal virtud se impone la confirmación de la sentencia recurrida.

4. Costas.

Atendiendo lo establecido en el artículo 188 adicionado por el artículo 47 de la Ley 2080 de 2021, no hay lugar a condenar en costas, por cuanto no se aprecia carencia de fundamentos legales en la demanda ni el escrito de apelación, por el contrario, ejerció su derecho acceso a la administración de justicia bajo una interpretación normativa razonable y en tal virtud no se impondrá condena en costas en esta instancia.

5. DECISIÓN.

Por lo expuesto, el Tribunal Administrativo del Huila, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

DECIDE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de enero 31 de 2018 proferida por el Juzgado Tercero Administrativo de Neiva.

SEGUNDO: NO CONDENAR en costas en esta instancia.

⁹ Consejo de Estado, Sección segunda, Subsección A. Sentencia abril 7/11, MP. Luis Rafael Vergara, Rad. 76001-23-31-000-2005-02741-01(0669-08), actor Romelia Lasso Velazco.

TERCERO: ORDENAR que en firme esta providencia y cumplido lo anterior, se remita el expediente al Juzgado de origen, previas las anotaciones de rigor en el software de gestión.

QUINTO: ORDENAR que en firme esta providencia y cumplido lo anterior, se remita el expediente al Juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Los magistrados,

JORGE ALIRIO CORTÉS SOTO

ENRIQUE DUSSÁN CABRERA

RAMIRO APONTE PINO

Firmado Por:

**JORGE ALIRIO CORTES SOTO
MAGISTRADO
MAGISTRADO - TRIBUNAL 001 ADMINISTRATIVO ESCRITO SECCION
PRIMERA DE LA CIUDAD DE NEIVA-HUILA**

**RAMIRO APONTE PINO
MAGISTRADO
MAGISTRADO - TRIBUNAL 003 ADMINISTRATIVO ESCRITO SECCION
PRIMERA DE LA CIUDAD DE NEIVA-HUILA**

**ENRIQUE DUSSAN CABRERA
MAGISTRADO
MAGISTRADO - TRIBUNAL 005 ADMINISTRATIVO ESCRITO SECCION
PRIMERA DE LA CIUDAD DE NEIVA-HUILA**

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

**3f6b619a9c83c149c958d4781f87637f40ce70ce5be6d09e36de3074c610
7119**

Documento generado en 04/05/2021 11:37:06 AM