



**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO
SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN A**

CONSEJERO PONENTE: RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS

Bogotá, D.C. tres (3) de marzo de dos mil veintidós (2022)

Referencia: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicación: 25000-23-42-000-2016-03378-01 (4645-2017)
Demandante: Cecilia Arévalo de Castillo
Demandado: Caja de Retiro de las Fuerzas Militares

Temas: Pensión de sobrevivientes. Separación de hecho como consecuencia de maltrato físico y psicológico.

SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida el 24 de agosto de 2017 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca —Sección Segunda-Subsección E—, por medio de la cual se denegaron las pretensiones de la demanda.

1. Antecedentes

1.1. La demanda¹

1.1.1. Las pretensiones

En ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, consagrada en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, la señora Cecilia Arévalo de Castillo, por intermedio de apoderado, solicitó que se declare la nulidad de los siguientes actos administrativos expedidos por el director general de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares:

i) Resolución 791 del 3 de noviembre de 2013, a través de la cual se le negó la sustitución de la asignación de retiro, en su calidad de beneficiaria de su exesposo el mayor Marco Antonio Castillo Burgos.

¹ Folios 68 a 92.



Radicado: 25000-23-42-000-2016-03378-01 (4645-2017)
Demandante: Cecilia Arévalo de Castillo

ii) Resolución 3300 del 21 de abril de 2015 que confirmó el acto administrativo referido en el ordinal anterior.

Como consecuencia de la anterior declaración, a título de restablecimiento del derecho, pidió condenar a la entidad demandada a i) reconocer y pagar «los haberes dejados de cobrar por el señor MARCO Antonio Castillo Burgos (q.e.p.d.) del 8 de septiembre de 2014»; ii) pagar los dineros correspondientes a la sustitución de la asignación de retiro, a partir de la fecha mencionada, debidamente indexados; iii) ordenar a la entidad expedir el carné de servicios de salud; y iv) ordenar el cumplimiento de la sentencia dentro de los términos de los artículos 192 y 195 del CPACA.

1.1.2. Hechos

Como hechos relevantes, el apoderado de la señora Cecilia Arévalo de Castillo relató los siguientes:

i) La demandante contrajo matrimonio católico con el señor Marco Antonio Castillo Burgos el día 21 de diciembre de 1973, en el municipio de Piedecuesta (Santander). Dicho acto fue registrado en la Notaría Única del citado ente municipal el mismo día en el libro 5, folio 317. De esta unión nacieron tres hijos, actualmente mayores de edad.

ii) La Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, a través de la Resolución 02999 del 18 de marzo de 1976, reconoció la asignación de retiro en favor del señor Marco Antonio Castillo Burgos. El acto fue aprobado por medio de la Resolución 3822 del 19 de abril del mismo año, por parte del Ministerio de Defensa.

iii) Durante su convivencia con el señor Castillo Burgos fue maltratada física y psicológicamente, al igual que sus hijos. Esto la llevó a denunciarlo, en el año 1985, ante la Comisaría de las Ferias de Bogotá, por lo que fue valorada por medicina legal, entidad que en su reporte señaló las lesiones físicas sufridas. Las agresiones continuaron y el 24 de enero de 1987 de nuevo acudió ante la comisaría referida y



Radicado: 25000-23-42-000-2016-03378-01 (4645-2017)
Demandante: Cecilia Arévalo de Castillo

fue valorada nuevamente por el Instituto de Medicina legal, entidad que de nuevo reportó las contusiones padecidas.

iv) Debido al maltrato de que era objeto, junto con sus hijos, por la prohibición de salir de casa que le impuso su cónyuge y por temor por su vida, el día 17 de febrero de 1997 decidió huir con sus hijos hacia la ciudad de Bucaramanga. Antes acudió ante la Comisaría de Familia de las Ferias donde suscribió una declaración en la que plasmó los hechos descritos.

v) Demandó al señor Castillo Burgos por alimentos, proceso que cursó ante el Juzgado Segundo Civil de Menores de Bucaramanga, despacho que dictó sentencia el día 27 de septiembre de 1987 en la que fijó a cargo del mencionado la cuota alimentaria en cuantía del 40% de su asignación de retiro.

vi) En el año 2011, el señor Marco Antonio Castillo Burgos radicó demanda de divorcio en contra de su cónyuge, en la cual alegó separación de cuerpos y abandono de hogar, por parte de esta. Además, manifestó que desconocía su ubicación y la de sus hijos y no hizo alusión al maltrato generado ni a la condena por alimentos.

vii) Del proceso conoció el Juzgado Séptimo de Familia de Bogotá, despacho que dictó sentencia el 8 de marzo de 2012, por medio de la cual decretó el divorcio y la cesación de los efectos civiles del matrimonio, acogiendo los planteamientos del señor Castillo Burgos. La sentencia fue radicada por este ante la Notaría Única de Piedecuesta (Santander). Como consecuencia del divorcio, fue desvinculada del sistema de salud.

viii) El señor Marco Antonio Castillo Burgos falleció el 8 de septiembre de 2014.

ix) El 16 de enero de 2015, solicitó ante la entidad demandada el reconocimiento de la sustitución de la asignación de retiro. La petición fue resuelta de manera desfavorable a través de las Resoluciones 791 del 3 de febrero de 2015 y 3300 del



Radicado: 25000-23-42-000-2016-03378-01 (4645-2017)
Demandante: Cecilia Arévalo de Castillo

21 de abril del mismo año. En ellas se indicó que no se cumplió el requisito de convivencia durante los últimos 5 años antes de la muerte del señor Castillo Burgos.

1.1.3. Normas violadas y concepto de violación

Como tales, se señalaron el preámbulo de y los artículos 1, 2, 4, 5, 13, 48, 53 de la Constitución Política, 11 de la Ley 100 de 1993, 11 de la ley 797 de 2003, 195 del Decreto Ley 1211 de 1990, 2.º del Decreto 4433 de 2004, 114 de la Ley 1395 de 2010, 10, 137 y 138 de la Ley 1437 de 2011 y 2 y 3 de la Resolución 0328 del 22 de marzo de 2012.

Como sustento de la vulneración de las normas referidas, el apoderado de la demandante expuso los siguientes argumentos:

i) Se transgredieron las normas constitucionales invocadas, porque no es aceptable que a unas personas sí se les reconozca la sustitución de la asignación de retiro y a otras no, lo que configura una discriminación y, por tanto, la vulneración del principio de igualdad. Así mismo, la entidad desconoció su derecho adquirido a beneficiarse de la prestación social y dejó de aplicar el principio de favorabilidad de la ley (no explicó de qué manera).²

ii) No se aplicó el párrafo del artículo 195 del Decreto 1211 de 1990, a pesar de que la señora Arévalo de Castillo abandonó el hogar por causas de fuerza mayor, debido a los maltratos físicos y psicológicos de los que era sujeto, los cuales no debía soportar. Sin embargo, la entidad no tuvo en cuenta la jurisprudencia que interpreta este artículo, por lo que también quebrantó el artículo 10 del CPACA.

1.2. Contestación de la demanda

² Se aclara que lo expuesto es lo que se deduce de lo explicado por el apoderado del demandante. El texto es confuso y hace alusión a situaciones generales sobre la sustitución de la asignación de retiro como parte del cumplimiento de los mandatos constitucionales.



Radicado: 25000-23-42-000-2016-03378-01 (4645-2017)
Demandante: Cecilia Arévalo de Castillo

La Caja de Retiro de las Fuerzas Militares contestó la demanda y se opuso a las pretensiones de la demanda, con fundamento en los siguientes argumentos:³

i) Las normas aplicables son los artículos 11 y 12 del Decreto 4433 de 2004, que establecen que para tener derecho a la sustitución de la asignación de retiro se debe acreditar por la cónyuge o la compañera permanente que convivió con el pensionado fallecido los últimos 5 años anteriores a su muerte. Además, es causal de pérdida del derecho el divorcio o la disolución de la sociedad conyugal.

ii) La señora Cecilia Arévalo de Castillo se divorció del señor Marco Antonio Castillo Burgos desde el 8 de marzo de 2012; este falleció el 8 de septiembre de 2014 y no existe prueba de que con posterioridad al divorcio hubiesen convivido. Por lo tanto, no es posible el reconocimiento de la sustitución de la asignación de retiro.

1.3. La sentencia apelada

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca —Sección Segunda-Subsección E—, mediante sentencia del 24 de agosto de 2017⁴ denegó las pretensiones de la demanda. Fundamentó su decisión en los siguientes argumentos:

i) La norma pensional aplicable al caso es el Decreto 4433 de 2003, vigente en el momento del fallecimiento del señor Marco Antonio Castillo Burgos —8 de septiembre de 2014—, cuyo artículo 11 señala que para ser beneficiario de la sustitución de la asignación de retiro de forma vitalicia se requiere que la cónyuge o la compañera permanente hubiese convivido con el causante durante los 5 años anteriores a su fallecimiento, igual que lo regula el régimen general de la Ley 100 de 1993 en el artículo 42. Por su parte, el artículo 12 *ibidem* consagra como causales de la pérdida de la condición de beneficiario para recibir la prestación social i) el divorcio o la disolución de la sociedad conyugal; ii) la separación legal de cuerpos y; iii) cuando exista separación de cuerpos por 5 años o más.

³ Folio 125 a 128.

⁴ Folios 211 a 219.



Radicado: 25000-23-42-000-2016-03378-01 (4645-2017)
Demandante: Cecilia Arévalo de Castillo

ii) En el presente caso se demostró que la demandante contrajo matrimonio con el señor Castillo Burgos el 21 de diciembre de 1973 y que convivió con él solo hasta el año 1987. Así mismo, se acreditó que el Juzgado Séptimo de Familia de Bogotá decretó el divorcio y la disolución de la sociedad conyugal mediante sentencia del 8 de marzo de 2012 y que el causante falleció el 8 de septiembre de 2014.

De esta manera, la demandante, al estar separada de cuerpos, por más de 20 años, del señor Castillo Burgos y al haberse decretado el divorcio, perdió el derecho a la sustitución de la asignación de retiro, por no cumplir los requisitos de los artículos 11 y 12 del Decreto 4433 de 2003 y 42 de la Ley 100 de 1993.

iii) En el supuesto de que se hubiese establecido el maltrato que padeció la señora Arévalo de Castillo por parte del causante y que ello derivó en la separación, no cambia la decisión, dado que las normas aplicables no consagran como excepción dicha eventualidad para el reconocimiento de la sustitución.

Además, el artículo 192 del Decreto 1211 de 1990 no es la norma que rige el caso, puesto que fue derogada por el Decreto 4433 de 2003. Tampoco es posible aplicar el principio de favorabilidad, en tanto que solo procede cuando existe duda sobre la aplicación de dos normas vigentes o de una que permite distintas interpretaciones.

iv) No se probó la vulneración del principio de igualdad, pues en la demanda no se advierten casos similares al presente. En el único caso citado como antecedente (sentencia T-817 de 2012) los supuestos de hecho ocurrieron antes de la vigencia del Decreto 4433 de 2003, razón por la que sí se regía por el Decreto 1211 de 1990.

1.4. El recurso de apelación

La señora Cecilia Arévalo de Castillo, por conducto de apoderado, interpuso recurso de apelación contra el fallo aludido,⁵ en el que solicitó su revocatoria. Expuso las siguientes razones de inconformidad:

⁵ Folios 222 a 228.



Radicado: 25000-23-42-000-2016-03378-01 (4645-2017)
Demandante: Cecilia Arévalo de Castillo

i) En el presente caso la norma que debe ser aplicada es el artículo 195 del Decreto 1211 de 1990, en virtud del principio de favorabilidad, por cuanto tal disposición no ha sido derogada ni declarada inexecutable por la Corte Constitucional.

ii) Dentro del proceso se demostró el maltrato físico y verbal de que era víctima la demandante por parte de su cónyuge.

Por último, citó la sentencia T-564 de 2015, en el que la Corte Constitucional explicó los efectos en el tiempo de las leyes una vez son expedidas (retroactivo, ultractivo y retrospectivo), no obstante, se limitó a transcribirla y no explicó su aplicabilidad al caso que se analiza.

1.5. Alegatos de conclusión en segunda instancia

1.5.1. La parte demandante

El apoderado de la señora Arévalo de Castillo reiteró los argumentos expuestos en el recurso de apelación.

1.5.2. La parte demandada

La Caja de Retiro de las Fuerzas Militares guardó silencio.⁶

1.6. El Ministerio Público

No rindió concepto.⁷

2. Consideraciones

2.1. Problema jurídico

⁶ Constancia secretarial visible en el folio 258

⁷ *Ibidem*



Radicado: 25000-23-42-000-2016-03378-01 (4645-2017)
Demandante: Cecilia Arévalo de Castillo

Se circunscribe a establecer si la señora Cecilia Arévalo de Castillo tiene derecho a la sustitución de la asignación de retiro del señor Marco Antonio Castillo Burgos, en su condición de cónyuge supérstite, teniendo en cuenta que se encontraban separados de hecho en el momento del fallecimiento.

2.2. Marco normativo y jurisprudencial

2.2.1. El derecho a la sustitución pensional

El derecho a la sustitución pensional ha sido definido como una de las expresiones del derecho a la seguridad social siendo una prestación que se genera a favor de las personas que dependían económicamente de otra que fallece, y corresponde a una garantía propia del sistema de seguridad social fundada en los principios constitucionales de solidaridad, reciprocidad, y universalidad del servicio público.

En ese sentido, con el objeto de atender la contingencia derivada de la muerte, el legislador estableció la denominada pensión de sobrevivientes y sustitución pensional, como una prestación dirigida a suplir la ausencia repentina del apoyo económico que brindaba el afiliado al grupo familiar y, por ende, evitar que su deceso se traduzca en un cambio sustancial de las condiciones mínimas de subsistencia de las personas beneficiarias de dicha prestación. Es decir, que su reconocimiento se fundamenta en normas de carácter público y constituye un desarrollo del principio de solidaridad.

Al respecto, la Corte Constitucional en sentencia C-1094 de 2003, precisó:

[...]

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**



Radicado: 25000-23-42-000-2016-03378-01 (4645-2017)
Demandante: Cecilia Arévalo de Castillo

satisfacer sus necesidades. [...] (Negritas de la Sala).

En este punto es importante advertir que si bien ambas figuras tienen la misma finalidad, la sustitución pensional es aquella prestación que se le otorga al núcleo familiar de un pensionado que fallece, mientras que la pensión de sobrevivientes se le concede al núcleo familiar del afiliado no pensionado, que muere sin cumplir con los requisitos mínimos para obtener la pensión.⁸

2.2.2. Régimen especial que regula el personal de la Fuerzas Militares

El Decreto 1211 de 1990, por el cual se reforma el Estatuto de Personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares prescribe, en el artículo 195, lo siguiente:

Artículo 195. Muerte en goce de asignación de retiro o pensión. A la muerte de un Oficial o Suboficial de las Fuerzas Militares en goce de asignación de retiro o pensión, sus beneficiarios tendrán derecho a una pensión mensual pagadera por el Tesoro Público o por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, equivalente en todo caso a la totalidad de la prestación que venía disfrutando el causante, distribuida en el orden y proporción establecida en este Estatuto.

Por su parte, el artículo 185, *ibidem*, respecto del orden de beneficiarios, señaló:

Artículo 185. Orden de beneficiarios. Las prestaciones sociales por causa de muerte de Oficiales y Suboficiales 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 éstos últimos en las proporciones de ley.
[...]

A su turno, el artículo 188 del mismo decreto consagra los supuestos bajo los cuales se extingue la condición de beneficiarios de la pensión de sobreviviente, así:

Artículo 188. Extinción de pensiones. A partir de la vigencia del presente Decreto, las pensiones que se otorguen por fallecimiento de un Oficial o Suboficial de las Fuerzas Militares en servicio activo o en goce de asignación de retiro o pensión militar, se extinguen para el cónyuge si contrae nuevas nupcias o hace vida marital y para los hijos, por muerte, independencia económica, matrimonio o por haber llegado a la edad de veintiún (21) años, salvo los hijos inválidos absolutos de cualquier edad y los estudiantes hasta la edad de veinticuatro años (24), cuando

⁸ Véase la sentencia de la Corte Constitucional T-564 de 2015.



Radicado: 25000-23-42-000-2016-03378-01 (4645-2017)
Demandante: Cecilia Arévalo de Castillo

unos y otros hayan dependido económicamente del Oficial o Suboficial y mientras subsistan las condiciones de invalidez y estudios.

El cónyuge sobreviviente no tiene derecho al otorgamiento de la pensión cuando exista separación legal y definitiva de cuerpos o cuando en el momento del deceso del Oficial o Suboficial no hubiere vida en común con él, salvo fuerza mayor o caso fortuito, debidamente comprobados.
[...].

A su vez, los artículos 188 y 195 del Decreto 1211 de 1990 fueron modificados por el artículo 9 de la ley 447 de 1998,⁹ así:

Artículo 9. Modificase el inciso 2 del artículo 188 del Decreto legislativo número 1211 de 1990, el cual quedará así:

El cónyuge sobreviviente no tiene el derecho al otorgamiento de la pensión cuando en el momento del deceso del Oficial o Suboficial exista separación judicial o extrajudicial de cuerpos o no hubiere vida en común con él, excepto cuando los hechos que dieron lugar al divorcio, a la separación de cuerpos, a la ruptura de vida común, se hubieren causado sin culpa del cónyuge supérstite.

Modificase el parágrafo del artículo 195 del Decreto legislativo número 1211 de 1990, el cual quedará así:

El cónyuge sobreviviente no tiene derecho a la pensión de que trata este artículo, cuando en el momento del deceso del Oficial o Suboficial exista sentencia judicial o extrajudicial de cuerpos, o no hubiere vida en común con él, excepto cuando los hechos que dieron lugar al divorcio, a la separación de cuerpos, a la ruptura de vida en común, se hubieren causado sin culpa imputable al cónyuge supérstite.

Los cónyuges que no hayan consolidado el derecho a obtener la sustitución pensional bajo la vigencia de los artículos 188 y 195 del Decreto legislativo 1211 de 1990, podrán obtenerlo en adelante, de conformidad con el presente artículo, cuando presenten a la Caja de Sueldos de Retiro de las Fuerzas Militares, copia debidamente autenticada de la sentencia judicial que le haya reconocido dicho derecho.

Posteriormente, en desarrollo de la Ley 923 de 2004,¹⁰ se expidió el Decreto 4433 del 31 de diciembre de 2004,¹¹ vigente a la fecha de la muerte del causante, en el cual se reguló la sustitución de las asignaciones de retiro para el personal de la Fuerza Pública, en los siguientes términos:

⁹ Por la cual se establece pensión vitalicia y otros beneficios a favor de parientes de personas fallecidas durante la prestación del servicio militar obligatorio y se dictan otras disposiciones,

¹⁰ Mediante la cual se señalaron 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.

¹¹ Por medio del cual se fijó el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública



Radicado: 25000-23-42-000-2016-03378-01 (4645-2017)
Demandante: Cecilia Arévalo de Castillo

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

A su turno, respecto del orden de beneficiarios, el artículo 11 prevé:

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

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

Parágrafo 2. 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



Radicado: 25000-23-42-000-2016-03378-01 (4645-2017)
Demandante: Cecilia Arévalo de Castillo

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.

Ahora bien, en cuanto a la norma aplicable para definir el derecho a la sustitución pensional, el Consejo de Estado ha sido reiterativo en señalar que es aquella que esté vigente en el momento en que se habría causado el derecho, es decir, la que rige en la fecha del fallecimiento del causante.¹²

La anterior línea jurisprudencial se mantiene aún hoy en día, entre muchas otras, en sentencias como las siguientes: i) del 23 de octubre de 2014, radicado 54001-23-33-000-2013-00149-01(0673-14);¹³ ii) del 14 de septiembre de 2017, radicado, 54001-23-31-000-2011-00496-01(1102-14), 11 de abril de 2018, radicado 05001-23-33-000-2013-00895-01(3374-15), 18 de mayo 2018, radicado 70001-23-31-000-2007-00224-01(4061-15);¹⁴ iii) del 27 de abril de 2017, radicado 05001-23-33-000-2012-00573-01(3734-13);¹⁵ iv) del 15 de junio de dos mil diecisiete (2017), radicado 05001-23-33-000-2013-00844-01(4880-14);¹⁶ v) del 4 de julio de 2019, radicado 54001-23-31-000-2012-00284-01 (4531-2014);¹⁷ y, vi) del 9 de marzo de 2017, expediente 05001-23-31-000-2011-01929-01(0625-14).¹⁸

Por otro lado, en relación con la prueba de la convivencia efectiva con el causante, esta Corporación ha sostenido lo siguiente:¹⁹

[...] 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.

Es necesario precisar que la voluntad de conformar hogar y mantener una comunidad

¹² Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 21 de enero de 2021, radicado 70001 23 33 000 2015 00397 00 (0258-2019), consejero ponente: Rafal Francisco Suárez Vargas

¹³ Consejera ponente Bertha Lucía Ramírez de Páez

¹⁴ Consejero ponente César Palomino Cortés

¹⁵ William Hernández Gómez

¹⁶ Consejera ponente Sandra Lisset Ibarra Vélez

¹⁷ Consejero ponente Carmelo Perdomo Cuéter,

¹⁸ Consejero ponente Gabriel Valbuena Hernández

¹⁹ Cita de cita. Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A. Sentencia del 24 de octubre de 2012. Radicación número: 25000-23-25-000-2010-00860-01 (2475-11).



Radicado: 25000-23-42-000-2016-03378-01 (4645-2017)
Demandante: Cecilia Arévalo de Castillo

de vida, son elementos distintivos y esenciales del grupo familiar, los cuales, en criterio reciente y reiterado de la Corte Suprema de Justicia²⁰, no se pueden desvirtuar por la “separación”, cuando esta eventualidad se impone por la fuerza de las circunstancias:

“El grupo familiar lo constituyen aquellas personas entre las que se establecen lazos afectivos estables que deben trascender el plano de un mero acompañamiento emocional y social, y alcanzar el nivel de un proyecto común de vida; es esencial a la familia el prestarse ayuda mutua, que no es cualquier clase de apoyo sino la que se encamina a realizar el propósito familiar común.

De esta manera el acompañamiento espiritual y material ha de estar referido a lo que la jurisprudencia ha reiterado: una verdadera vocación de constituir una familia. En sentencia de 8 de septiembre de 2009, rad. N° 36448, precisó la Corporación:

‘En el diseño legislativo de la pensión de sobrevivientes tal como fue concebida en la Ley 100 de 1993, la convivencia ha estado presente como condición esencial para que el cónyuge o la compañera o compañero permanente accedan a esa prestación.

‘Este ha sido también el criterio reiterado de la jurisprudencia de la Corte, que ha visto en la convivencia entendida 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, el cimiento del concepto de familia en la seguridad social y requisito indispensable para que la cónyuge o la compañera o compañero permanente puedan tener la condición de miembros del grupo familiar, y vocación para ser beneficiarios de la prestación por muerte del afiliado o pensionado.

‘Lo anterior significa que en principio para que haya convivencia se exige vida en común de la pareja, y que no se desvirtúa el concepto de familia en la separación siempre que ésta obedezca a una causa razonable que la justifique, porque de lo contrario lo que no existiría es esa voluntad de conformar un hogar y tener una comunidad de vida’.²¹ [...].

Ahora bien, la calidad de beneficiario según lo previsto por el artículo 12 del mentado Decreto 4433 de 2004, puede perderse cuando concurra cualquiera de los siguientes supuestos de hecho:

Artículo 12. Pérdida de la condición de beneficiario. Se entiende que falta el cónyuge o compañero (a) permanente y por lo tanto se pierde el derecho a la pensión de sobrevivientes o a la sustitución de la asignación de retiro o de la pensión de invalidez, en cualquiera de las siguientes circunstancias, según el caso:

12.1 Muerte real o presunta.

12.2 Nulidad del matrimonio.

12.3 Divorcio o disolución de la sociedad de hecho.

12.4 Separación legal de cuerpos.

12.5 Cuando lleven cinco (5) o más años de separación de hecho.

²⁰ Sentencia de Casación Laboral de 27 de abril de 2010, proceso No. 38113, demandante: Beatriz Elena Aristizábal Vallejo.

²¹ Sentencia de abril 7 de 2001, Radicación número: 76001-23-31-000-2005-02741-01(0669-08).



Radicado: 25000-23-42-000-2016-03378-01 (4645-2017)
Demandante: Cecilia Arévalo de Castillo

2.2.3. Hechos probados

De acuerdo con las pruebas decretadas y practicadas dentro del proceso se pueden dar como tales los siguientes:

i) El 31 de diciembre de 1973, la señora Cecilia Arévalo contrajo matrimonio católico con el señor Marco Antonio Castillo en la Parroquia San Francisco Javier, municipio de Piedecuesta (Santander).²² Dentro de dicha unión procrearon tres hijos: Lina Alejandra (18 de julio de 1974),²³ María Claudia (20 de febrero de 1979)²⁴ y Paolo Andrés Castillo Arévalo (9 de septiembre de 1982).²⁵

ii) El 18 de marzo de 1976, mediante la Resolución 299, la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares le reconoció asignación de retiro al mayor (r) del Ejército Marco Antonio Castillo Burgos, a partir del 2 de marzo de 1976.²⁶

iii) El 13 de junio de 1985, la señora Cecilia Arévalo de Castillo, previa presentación ante la Comisaría Nacional de Policía —sede Las Ferias—, fue valorada por el Instituto de Medicina Legal por las lesiones que presentó, las cuales se detallaron así:²⁷

Instituto de Medicina Legal
Reconocimientos médicos
Señores
Comisaría de Familia
Turno Segundo
ARÉVALO DE CASTILLO CECILIA

Examinada hoy presenta: Equimosis y edema en labio superior e inferior lado izquierdo. Edema y equimosis en región tenar mano derecha. Lesiones ocasionadas por elemento contundente. Fijamos incapacidad provisional de nueve (9) días.

(...)

Médico forense.

²² Folio 5, registro civil de nacimiento

²³ Folio 6

²⁴ Folio 7

²⁵ Folio 8

²⁶ Folio 2

²⁷ Folio 9



Radicado: 25000-23-42-000-2016-03378-01 (4645-2017)
Demandante: Cecilia Arévalo de Castillo

iv) El 24 de enero de 1987, fue nuevamente valorada por el Instituto de Medicina Legal, que dictaminó:²⁸

Examinado: AREVALO DE CASTILLO CECILIA
Examinada hoy presenta: Equimosis en región cigomática izquierda y en pabellón auricular izquierdo y en cara interna tercio distal de antebrazo izquierdo. Lesiones por elemento contundente. Incapacidad provisional de 6 (seis) días.
(...)
Médico forense

v) El 17 de febrero de 1987, la demandante rindió «declaración juramentada sobre los motivos por los cuales cambiaba de domicilio», ante la Comisaría Nacional de Policía Judicial de Las Ferias, en los siguientes términos:²⁹

[...] desde hace trece años estoy casada con el señor Marco Antonio Castillo. Durante todo el tiempo siempre nos trata mal a mí y a nuestros hijos, siempre me lesiona físicamente pero yo no lo había demandado, últimamente ha incrementado el maltrato y el encierro diciéndome que yo no tengo derecho a nada de lo que hay en la casa, me amenaza que si no me salgo de la casa me sacaba plomo (sic), me dice que soy un estorbo, que cuándo le voy a desocupar. Por este motivo y el peligro que corro constantemente, me veo en la obligación de cambiar de domicilio, me voy para la casa de un hermano en Bucaramanga. [...].

vi) El 22 de septiembre de 1987, el Juzgado Segundo Civil de Menores de Bucaramanga, decidió sobre la demanda de alimentos que instauró la señora Cecilia Arévalo en contra del señor Marco Antonio Castillo, en el sentido de «fijar como cuota alimentaria con la cual debe contribuir el señor Marco Antonio Castillo para el sostenimiento de sus menores hijos [...] el cuarenta por ciento (40%) de la pensión de jubilación que recibe de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares [...]».³⁰

vii) El 16 de enero de 1998, el menor de los hijos de la pareja, Paolo Andrés Castilla, acudió a la Comisaría 11 de Familia de Bogotá en busca de apoyo y protección, por las presuntas agresiones de que era objeto, por parte de su progenitor.³¹ La secretaria de la Comisaría libró Oficio 354, en los siguientes términos:

Señor Comandante
CAI respectivo

²⁸ Folio 10

²⁹ Folio 11

³⁰ Folios 13 al 18

³¹ Folio 19



Radicado: 25000-23-42-000-2016-03378-01 (4645-2017)
Demandante: Cecilia Arévalo de Castillo

(...)

Comedidamente solicito a usted se sirva prestar apoyo y protección policivo (sic) de conformidad con el artículo 97 del código Nacional de Policía, a la señora (sic) PAOLO ANDRES CASTILLO AREVALO (...) quien de acuerdo a lo manifestado es agredida (sic) verbal y físicamente por el señor MARCO ANTONIO CASTILLA (sic). Igualmente solicito se conmine al citado señor para que se abstenga de agredir en cualquier forma a la señora y/o protagonizar escándalos.

EL MENOR SACA LA ROPA DE SU CASA DONDE VIVE CON EL PAPÁ. HAY OFICIO PARA MEDICINA LEGAL POR MALTRATO.

viii) El 8 de marzo de 2012, el Juzgado Séptimo de Familia dictó sentencia dentro del proceso de divorcio promovido por el señor Marco Antonio Castillo Burgos contra la señora Cecilia Arévalo Pérez, en la que se decretó la cesación de los efectos civiles del matrimonio católico contraído por los mencionados y se declaró disuelta y en estado de liquidación la sociedad conyugal conformada por el hecho del matrimonio.

Lo anterior, por haberse demostrado la causal de separación de hecho por más de dos años, «no pudiendo predicarse lo mismo respecto de la causal de incumplimiento por parte de la demandada de sus deberes de esposa, pues no se demostró que la separación hubiese sido ocasionada porque la demandada decidió abandonar el hogar, conforme así lo indicara el demandante en su interrogatorio, pues nótese que sobre el particular nada dijeron los deponentes, a quienes solo les consta que dicha señora y el actor se encuentran separados de hecho desde hace ya más de 15 años, sin que entraran a precisar cuál de los dos fue el responsable de dicha separación».³²

ix) El 23 de abril de 2013, la Juez Séptima de Familia de Bogotá aprobó el trabajo de partición y adjudicación jurídica que presentó el apoderado del causante dentro del proceso de liquidación de la sociedad conyugal.³³

x) El 8 de septiembre de 2014, falleció el señor Marco Antonio Castillo Burgos.³⁴

³² Folios 22 al 28

³³ Folio 36

³⁴ Folio 38, registro civil de defunción



Radicado: 25000-23-42-000-2016-03378-01 (4645-2017)
Demandante: Cecilia Arévalo de Castillo

xi) El 16 de enero de 2015, la señora Claudia Arévalo solicitó a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares el reconocimiento de la sustitución pensional y la entrega de los haberes dejados de cobrar hasta el día del fallecimiento del extinto militar.³⁵

xii) El 3 de febrero de 2015, por medio de la Resolución 791, la entidad negó la petición, con fundamento en que la actora perdió la calidad beneficiaria, de conformidad con lo previsto en el artículo 12 del Decreto 4433 de 2004.³⁶ Al efecto se consignó lo siguiente:

(...)

6. Que de las pruebas señaladas en los considerandos anteriores se tiene:

a. Que hubo separación de hecho entre el militar y la peticionaria a partir del 17 de febrero de 1997 (sic)

b. Que existió divorcio entre el militar y la peticionaria

c. Que no se cumple con el requisito establecido en el literal a) del párrafo 2 del artículo 11 del Decreto 4433 de 2004, ...

(...)

7. Que el artículo 12 del Decreto 4433 de 2004 establece que habrá lugar a la pérdida de la condición de beneficiario y por lo tanto se pierde el derecho a la pensión de sobrevivientes o a la sustitución de la asignación de retiro o de la pensión de invalidez, en las siguientes circunstancias, según el caso:

(...)

12.3 Divorcio o disolución de la sociedad de hecho

12.4 Separación legal de cuerpos

12.5 Cuando lleven cinco (5) o más años de separación de hecho

8. que teniendo en cuenta los documentos aportados, revisado el expediente administrativo y de acuerdo con las disposiciones del artículo 11 del Decreto 4433 de 2004, se evidencia que NO existen elementos de juicio, de hecho o de derecho que permitan establecer el reconocimiento de la sustitución de asignación de retiro del del señor mayor (r) del Ejército MARCO ANTONIO CASTILLO BURGOS, a favor de la señora CECILIA AREVALO DE CASTILLO (...) en calidad de cónyuge, razón por la cual es procedente NEGAR LA SOLICITUD de la peticionaria.

xiii) El 21 de abril de 2015, por Resolución 3300, se confirmó la anterior decisión,³⁷ con los siguientes argumentos:

(...) verificados los documentos allegados se estableció que la señora CECILIA AREVALO DE CASTILLO se encontraba DIVORCIADA del militar en mención desde el 08 de marzo de 2012 y no existe prueba que demuestre alguna convivencia entre ellos con posterioridad a dicha fecha, incurriendo así en una de las causales expresamente establecidas por el artículo 12 del Decreto 4433 para NO tener derecho de acceder a la sustitución de asignación de retiro...

³⁵ Folios 40 al 55

³⁶ Folios 56 y 57

³⁷ Folios 63 y 64



Radicado: 25000-23-42-000-2016-03378-01 (4645-2017)
Demandante: Cecilia Arévalo de Castillo

(...)

Los anteriores hechos permiten demostrar que el señor Mayor (r) del Ejército Nacional MARCO ANTONIO CASTILLO BURGOS NO tenía una convivencia permanente bajo un mismo techo en una relación de afecto y ayuda mutua con la señora CECILIA AREVALO DE CASTILLO desde el día 17 de febrero de 1997 (sic) hasta el día de su fallecimiento, el 08 de septiembre de 2014, situación que NO cumple con la normatividad consagrada en el artículo 11, literal a) del parágrafo 2 del Decreto 4433 de 2004, que expresamente indica que se debe demostrar convivencia mínima de 5 años antes del fallecimiento del militar; y por el contrario SI se enmarca dentro de lo indicado en el artículo 12 de la referida norma que consagra las causales para no poder acceder a la sustitución pensional.

xiv) El 25 de febrero de 2021, esta Subsección, al tener conocimiento de que la sentencia que decretó la cesación de los efectos civiles del matrimonio y la liquidación de la sociedad conyugal entre la demandante y el causante fue anulada en sede de revisión,³⁸ con fundamento en la causal 7 del artículo 355 del Código General del Proceso,³⁹ requirió el envío de las respectivas providencias. En cumplimiento de la orden emitida, el Juzgado Séptimo de Familia envió copias del acta de audiencia de fallo proferido por la Sala Tercera de Decisión de Familia del Tribunal Superior de Bogotá, el 27 de febrero de 2018, y del auto del 16 de abril de 2018, dictado por el mencionado despacho judicial, que dan cuenta de lo siguiente:

- La Sala Tercera de Familia del Tribunal Superior de Bogotá, resolvió:

Primero. Declarar fundado el recurso de revisión interpuesto por la señora Cecilia Arévalo de Castillo contra la sentencia emitida el ocho (8) de marzo de dos mil doce (2012) por el Juzgado Séptimo de Familia dentro del proceso de Cesación de Efectos Civiles de Matrimonio Católico promovido por Marco Antonio Castillo Burgos contra Cecilia Arévalo de Castillo.

Segundo. Declarar la nulidad de lo actuado en el proceso que dio lugar a la revisión, a partir del auto expedido el trece (13) de diciembre de dos mil once (2011) inclusive, por medio del cual agregó al expediente la constancia de publicación del edicto emplazatorio de la demandada y designó curador *ad litem* al extremo pasivo, para que en su lugar, reponga la actuación adoptando las determinaciones a que haya lugar teniendo en cuenta que el cónyuge demandante señor Marco Antonio Castillo Burgos falleció el 8 de septiembre de 2014, de lo que deberá enterar al respectivo funcionario del estado civil.⁴⁰

³⁸ Hecho advertido por el apoderado de la demandante dentro del término de traslado para presentar alegatos de conclusión.

³⁹ «Son causales de revisión: [...] 7. Estar el recurrente en alguno de los casos de indebida representación o falta de notificación o emplazamiento, siempre que no haya sido saneada la nulidad.

⁴⁰ Samai, índices 30, 35 y 36



Radicado: 25000-23-42-000-2016-03378-01 (4645-2017)
Demandante: Cecilia Arévalo de Castillo

La decisión tuvo como fundamento que el señor Castillo Burgos faltó a la verdad, al manifestar que desconocía el paradero de su cónyuge y de sus hijos, por cuanto en el proceso de revisión quedó demostrado que estos, pese a estar separados de hecho, mantuvieron contacto permanente, ya que aquel se encargaba de renovar los carnés médicos de sus hijos y de su esposa, a quien siempre tuvo afiliada al servicio de salud de las fuerzas militares.⁴¹

- Por su parte, el Juzgado Séptimo de Familia de Bogotá, dispuso:

[...]

Obedecer lo resuelto por el superior en audiencia celebrada el 27 de febrero de 2018; en consecuencia tómesese nota de ello en el sistema.

No obstante lo anterior, y como quiera que en audiencia en la que se decidió el recurso de revisión de la sentencia que fuera proferida en el proceso de divorcio adelantado por el señor MARCO ANTONIO CASTILLO BURGOS contra CECILIA ARÉVALO PÉREZ, el Superior informó que el demandante falleció, esta Juez se abstiene de reanudar la actuación que fuera viciada de nulidad en el mencionado proceso de divorcio, como quiera (sic) que se ha extinguido el objeto jurídico del mismo, correspondiendo en consecuencia a la cónyuge sobreviviente, iniciar las acciones correspondientes, a fin de obtener la liquidación de la sociedad conyugal conformada con su extinto esposo.

Comunicar a las Notarías donde reposen los registros civiles de nacimiento y de matrimonio de las partes, que en consideración a que al decidirse el recurso de revisión que fuera interpuesto contra la sentencia proferida en el presente proceso de DIVORCIO adelantado por MARCO ANTONIO CASTILLO BURGOS contra CECILIA ARÉVALO PÉREZ, el Superior declaró la nulidad de lo actuado, deben anular las anotaciones que hubiesen sido efectuadas con ocasión del mencionado proceso, así como en el correspondiente trámite liquidatorio que fuera adelantado con posterioridad entre las mismas partes en el proceso Nro. 2012-567. OFÍCIESE y remítase por correo certificado.

Consecuencia de lo acá decidido, se ordena el LEVANTAMIENTO de la totalidad de las medidas cautelares adoptadas en los precitados procesos de divorcio y de liquidación de la sociedad conyugal. OFÍCIESE y remítase por correo certificado.

Así mismo, y teniendo en cuenta el informe secretarial rendido el día 13 de los corrientes, comuníquese así mismo a la Notaría 27, para que proceda a anular la protocolización que eventualmente se hubiese llegado a llevar a cabo en dicha Notaría respecto del trámite liquidatorio de los señores MARCO ANTONIO CASTILLO BURGOS y CECILIA AREYAEO PÉREZ. OFÍCIESE y remítase por correo certificado.

⁴¹ Audiencia de fallo



Radicado: 25000-23-42-000-2016-03378-01 (4645-2017)
Demandante: Cecilia Arévalo de Castillo

Cumplido lo anterior, archívese el expediente, previa anotación en el sistema.⁴²

2.2.4. Análisis de la Sala. Caso concreto

La señora Cecilia Arévalo de Castillo reclama la sustitución de la asignación de retiro que devengaba el señor Marco Antonio Castillo Burgos, en su condición de cónyuge *supérstite*, con sociedad conyugal vigente, y quien manifestó que no convivía con el causante por cuanto debió abandonar el hogar, en compañía de sus hijos, debido a los maltratos que este les infligía.

El *a quo* denegó las pretensiones de la demanda,⁴³ al considerar que la demandante perdió la calidad de beneficiaria debido a la cesación de los efectos civiles del matrimonio, decretada por el juez séptimo de familia de Bogotá, mediante sentencia del 8 de marzo de 2012, lo que conllevó la disolución y orden de liquidación de la sociedad conyugal.

No obstante, contra la referida decisión judicial se interpuso recurso de revisión, el cual cursó ante la Sala Tercera de Familia del Tribunal Superior de Bogotá, corporación que lo declaró fundado, mediante sentencia del 27 de febrero de 2018, y, en consecuencia, decretó la nulidad de todo lo actuado en el proceso y ordenó reponer la actuación correspondiente. Sin embargo, el juez séptimo de familia se abstuvo de cumplir esta orden, en consideración a que el fallecimiento del demandante en el proceso de divorcio conllevó la extinción de su objeto jurídico. Ello quiere decir, que en el momento del deceso del causante el vínculo conyugal entre los esposos Castillo Burgos y Arévalo de Castillo se encontraba vigente.

Ahora bien, no es objeto de controversia en el *sub lite* la separación de hecho ni, por ende, la falta de convivencia de la mencionada pareja, pues en la demanda la señora Arévalo de Castillo relató que vivió con su cónyuge por más de trece años, desde el 31 de diciembre de 1973, cuando contrajeron matrimonio, hasta el 17 de febrero de 1987, cuando se vio abocada, junto con sus hijos, a abandonar el hogar, previa declaración ante la Comisaría de las Ferias de Bogotá de los motivos que la

⁴² Ibidem. Mayúsculas del texto original

⁴³ Mediante sentencia proferida el 24 de agosto de 2017



Radicado: 25000-23-42-000-2016-03378-01 (4645-2017)
Demandante: Cecilia Arévalo de Castillo

llevaban a tomar esta decisión. Concretamente los malos tratos que les infligía su esposo.

Por consiguiente, el análisis de la Sala debe centrarse en determinar si la separación de los cónyuges estaba o no justificada y si, bajo tal realidad, la demandante tiene derecho a la sustitución de la asignación de retiro deprecada.

Al respecto, las pruebas aportadas con la demanda ponen en evidencia que el rompimiento conyugal no se dio por culpa de la demandante, sino que fue su esposo, con sus malos tratos, de orden físico y psicológico, quien la constriñó a abandonar el hogar. En efecto, las valoraciones efectuadas por el Instituto de Medicina Legal, el 13 de junio de 1985 y el 24 de enero de 1987, dan cuenta de las lesiones ocasionadas por elemento contundente, así: «equimosis y edema en labio superior e inferior lado izquierdo. Edema y equimosis en región tenar ano derecha» y «equimosis en región cigomática izquierda y en pabellón auricular izquierdo y en cara tercio distal de antebrazo izquierdo», las cuales dieron lugar a incapacidades de nueve y seis días, respectivamente.

De igual manera, se demostró que el hijo menor del matrimonio, Paolo Andrés Castillo Arévalo, fue agredido verbal y físicamente por su padre y que la Comisaría Once de Familia de Bogotá debió pedir apoyo y protección policiva al CAI respectivo y conminar al señor Castillo Burgos para abstenerse de agredirlo nuevamente. En tal oportunidad, se dejó constancia de que el menor «saca la ropa de su casa donde vive con el papá» y se libró oficio para medicina legal por maltrato.

Por otra parte, la señora Arévalo de Castillo ante la Comisaría de las Ferias, el 17 de febrero de 1987, expuso que llevaba trece años casada con el señor Marco Antonio Castillo, quien **durante todo el tiempo** la había lesionado físicamente, aunque ella no lo había demandado; pero que «últimamente ha incrementado el maltrato y el encierro»; que además, la amenazaba con «sacarla a plomo» si no le desocupaba, pues era un estorbo. Por ello, dejó constancia de que, por el peligro constante a que estaba sometida, se veía en la obligación de cambiar de domicilio y se iba para la casa de su hermano en Bucaramanga.



Radicado: 25000-23-42-000-2016-03378-01 (4645-2017)
Demandante: Cecilia Arévalo de Castillo

De acuerdo con lo anterior, no queda duda de que la demandante de interrumpió la cohabitación con su cónyuge debido a los actos de violencia a los que este la sometía. No se trató, entonces, de una decisión potestativa de romper la unidad familiar ni abandonar de forma deliberada el hogar, como lo sostuvo el causante en la demanda de divorcio.

En esta medida, si bien en el presente caso no se cumple el requisito de convivencia con el causante durante los últimos cinco años anteriores a su fallecimiento, pues la demandante se había separado de este muchos años atrás, lo cierto es que su decisión obedeció a los constantes agravios y humillaciones por parte de este y por las amenazas contra su integridad física. La ausencia de la mencionada exigencia, indudablemente, se encuentra plenamente justificada y reivindica el derecho de la actora a acceder a la sustitución de la asignación de retiro en condición de cónyuge sobreviviente del causante.

En tal sentido, esta Sala prohíja la posición asumida por la Corte Constitucional y por la Corte Suprema de Justicia, en cuanto han admitido que tal requerimiento puede ser exceptuado por la configuración de justa causa, como ocurre en este caso. Al respecto, la Corte Constitucional ha sostenido que la interrupción de la convivencia —vida marital o cohabitación— de los cónyuges o compañeros no implica, necesariamente, la pérdida del derecho, pues debe considerarse, conforme a los argumentos esgrimidos y las pruebas en que se soporten estos, si la interrupción de la convivencia o la no vida en común del causante y su cónyuge podría estar justificada por circunstancias especiales, como podrían ser motivos de salud, de trabajo, de fuerza mayor, etc..⁴⁴

Por su parte, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha señalado que los requisitos de vida marital y cohabitación deben ser evaluados «en cada caso, y dependiendo de las circunstancias fácticas que se prueben»,⁴⁵ dado que serán estas a las que «tendrá que acudir, para determinarse si la separación

⁴⁴ Sentencia T-787 de 2002

⁴⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, radicación no. 24235, 25 de octubre de 2005.



Radicado: 25000-23-42-000-2016-03378-01 (4645-2017)
Demandante: Cecilia Arévalo de Castillo

material era o no justificada y si, a pesar de ello, el vínculo entre la pareja se mantuvo». ⁴⁶

También ha sostenido que el presupuesto de la convivencia exigido legalmente no se puede descartar por la pura y simple separación de cuerpos de los cónyuges, específicamente en contextos en los que el presunto beneficiario ha sido sometido a maltrato físico o psicológico, que lo lleva forzosamente a la separación, pues en escenarios de este tipo, «no se puede culpar al consorte víctima de renunciar a la cohabitación y castigarlo con la pérdida del derecho a la pensión de sobrevivientes, pues, además de que la separación es un ejercicio legítimo de conservación y protección al derecho fundamental a la vida y la integridad personal, el legislador no lo puede obligar a lo imposible o establecerle cargas irrazonables», pues ello implicaría reproducir patrones y contextos de violencia contra la mujer, negarle el derecho a oponerse al maltrato y condenar a otras mujeres a soportarlo, con tal de no perder beneficios jurídicos como el de la pensión de sobrevivientes. ⁴⁷

Sobre el punto la Sala discurrió así:

[...] no sería posible entender, bajo ninguna circunstancia, que una víctima de maltrato pierde el derecho a la pensión de sobrevivientes de su cónyuge, por el solo hecho de renunciar a la cohabitación y buscar legítimamente la protección de su vida y su integridad personal. Pensar diferente sería, ni más ni menos, una forma de revictimización contraria a los valores más esenciales de nuestro ordenamiento jurídico, al derecho a la igualdad y no discriminación y al artículo 12 de nuestra Constitución Política, de conformidad con el cual nadie puede ser sometido a «...tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes...» Igualmente, implicaría reproducir patrones y contextos de violencia contra la mujer, negarle el derecho a oponerse al maltrato y condenar a otras mujeres a soportarlo, con tal de no perder beneficios jurídicos como el de la pensión de sobrevivientes.

Incluso, ha aceptado que la pensión de sobrevivientes es procedente a pesar de existir divorcio, cuando este es el resultado de la violencia contra la mujer. Al respecto dijo:

La pensión de sobrevivientes desde la perspectiva de género

Es especialmente importante para la Sala dejar establecido que en Colombia ciertas mujeres se encuentran en una situación de especial debilidad en el caso de muerte

⁴⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, radicación no. 24235, 25 de octubre de 2005.

⁴⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, radicación no. 45045, 5 de junio de 2019.



Radicado: 25000-23-42-000-2016-03378-01 (4645-2017)
Demandante: Cecilia Arévalo de Castillo

de sus parejas. Sin embargo, la razón no es que las mujeres como colectivo sean sujetos distintos y más necesitados. Más bien se debe a la concepción y organización social de los sistemas patriarcales que subsisten hasta hoy gracias a estereotipos, conceptos y funciones sociales, los cuales se encuentran fuertemente enraizados, en los que el varón se erige en sujeto universal de derechos, deberes y protagonista de la vida social.

4.2. El requisito de la convivencia en el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes

La exigencia de la convivencia ha sido un elemento central y estructurador del derecho a la pensión sobrevivientes.

[...]

El verdadero error que cometió el Tribunal radicó en no advertir que las condiciones particulares del caso implicaban un ejercicio hermenéutico muy distinto al realizado, cuyo análisis debió centrarse en el ánimo de convivencia de la recurrente con el causante, que nunca se rompió a pesar de no conservar el título de cónyuge y ser víctima de violencia de género.

[...]

Conforme con todo lo expuesto, en este caso la Corte tiene por cumplido el requisito de la convivencia exigido legalmente, pues, además de que la demandante convivió con el causante desde la fecha del matrimonio, es decir 24 de diciembre de 1955, la interrupción en los períodos de cohabitación se originaron en los malos tratamientos que éste le dispensaba a su esposa.

Así las cosas, no resulta razonable que la demandante, víctima de maltrato, pierda su condición de beneficiaria de su cónyuge por el hecho de haber renunciado a la cohabitación, un ejercicio legítimo de protección de sus derechos a la vida e integridad personal. El requisito de la convivencia, en el caso concreto, no puede descartarse por la sola separación de cuerpos, teniendo en cuenta que tal circunstancia, se reitera, obedeció al maltrato físico y psicológico a que se vio sometida la demandante. «Pensar diferente sería una forma de revictimización contraria a los valores más esenciales de nuestro ordenamiento jurídico, al derecho a la igualdad y no discriminación y al artículo 12 de nuestra Constitución Política».⁴⁸

En este sentido, esta corporación no puede ser ajena al propósito de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer,⁴⁹ aprobada por la Ley 248 de 1996, cuya finalidad es prevenir, erradicar y sancionar toda forma de violencia contra la mujer, objetivo que tiene relaciones con otros instrumentos internacionales adoptados por Colombia, como la «Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación de la mujer», adoptada por la

⁴⁸ Ibidem

⁴⁹ Suscrita en Belem Do Para, Brasil, el 9 de junio de 1994.



Radicado: 25000-23-42-000-2016-03378-01 (4645-2017)
Demandante: Cecilia Arévalo de Castillo

Asamblea General de las Naciones Unidas, aprobada por Colombia por la Ley 51 de 1981 y ratificada el 19 de enero de 1982, la cual exige a los Estados tomar medidas con el fin de erradicar todas las formas de discriminación de la mujer.

Corolario de todo lo expuesto, en el presente caso la Sala da por cumplido el requisito de convivencia exigido legalmente y, en tal virtud, le reconocerá a la demandante la condición de beneficiaria de la sustitución de la asignación de retiro deprecada. Por consiguiente, se revocará la sentencia apelada y, en su lugar, se ordenará el reconocimiento y pago de la sustitución de la asignación de retiro establecida en el artículo 40 del Decreto 4433 de 2004, efectiva a partir del 8 de septiembre de 2014, fecha del fallecimiento del causante, teniendo en cuenta que la petición fue radicada el 16 de enero de 2015.

La entidad garantizará a la señora Cecilia Arévalo de Castillo los beneficios del Sistema de Salud de las Fuerzas Militares, que se deriven de su condición de beneficiaria de la asignación de retiro, de conformidad con lo dispuesto en el Decreto Ley 1795 de 2000.

3. De la condena en costas

Conforme con la interpretación del artículo 188 del CPACA que advierte para la fijación de las costas un criterio objetivo valorativo sin que sea necesario analizar la conducta de las partes y, en atención a lo dispuesto en los numerales 1 y 4 del artículo 365 del Código General del Proceso⁵⁰, la Sala condenará en costas de ambas instancias a la parte demandada, en consideración a que la sentencia será revocada en su integridad.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Sub Sección A, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

⁵⁰ «1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación (...) 8. Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación».



Radicado: 25000-23-42-000-2016-03378-01 (4645-2017)
Demandante: Cecilia Arévalo de Castillo

Primero: Revocar la sentencia proferida el 24 de agosto de agosto de 2017 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección E, dentro del proceso promovido por la señora Cecilia Arévalo de Castillo contra la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares. En su lugar, se dispone:

Segundo: Declarar la nulidad de las Resoluciones 791 del 3 de noviembre de 2013 y 3300 del 21 de abril de 2015, expedidas por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, a través de las cuales se negó la sustitución de la asignación de retiro del extinto mayor Marco Antonio Castillo Burgos.

Tercero: A título de restablecimiento del derecho, ordenar a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares reconocer y pagar a la señora Cecilia Arévalo de Castillo la sustitución de la asignación de retiro del extinto militar Marco Antonio Castillo Burgos, establecida en el artículo 40 del Decreto 4433 de 2004, a partir del 8 de septiembre de 2014, fecha del fallecimiento de este.

Sobre las sumas que resulten de la condena, la entidad deberá reconocer y pagar los ajustes de valor, conforme al índice de precios al consumidor o al por mayor, dando aplicación a la siguiente fórmula:

$$R = R.h. \frac{\text{índice final}}{\text{índice inicial}}$$

En la que el valor presente R se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es lo dejado de percibir por la demandante por concepto de la sustitución pensional, desde la fecha de la causación del derecho hasta la de ejecutoria de esta sentencia, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE, vigente en la fecha de ejecutoria de esta providencia, por el índice vigente en la fecha en que se causaron las sumas adeudadas, teniendo en cuenta los aumentos o reajustes producidos o decretados durante dicho período.

Es claro que, por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará separadamente por cada suma correspondiente a la sustitución de la asignación de retiro que dejó de devengar desde el 8 de septiembre de 2014, teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de causación de cada una de ellas.



Radicado: 25000-23-42-000-2016-03378-01 (4645-2017)
Demandante: Cecilia Arévalo de Castillo

Cuarto: La entidad garantizará a la señora Cecilia Arévalo de Castillo los beneficios del Sistema de Salud de las Fuerzas Militares, que se deriven de su condición de beneficiaria de la asignación de retiro, de conformidad con lo dispuesto en el Decreto Ley 1795 de 2000.

Quinto: La demandada dará cumplimiento a la sentencia en los términos de los artículos 192 y siguientes del CPACA

Sexto: Condenar en costas de ambas instancias a la demandada, las cuales serán liquidadas por el Tribunal.

Ejecutoriada esta Providencia, devolver el expediente al Tribunal de origen, previas las anotaciones de rigor en la plataforma SAMAI.

Notifíquese y cúmplase

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

WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ
Firmado electrónicamente

GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ
Firmado electrónicamente

RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS
Firmado electrónicamente

CONSTANCIA: La presente providencia fue firmada electrónicamente por la Sala en la plataforma del Consejo de Estado denominada SAMAI. En consecuencia, se garantiza su autenticidad, integridad, conservación y posterior consulta, de conformidad con el artículo 186 del CPACA.