



185

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN QUINTA

Consejera ponente: LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil dieciocho (2018)

Radicación número: 11001-03-15-000-2017-03339-01

Actora: CÁNDIDA POLOCHE ALAPE

Demandados: TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA, SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN F Y OTRO

Asunto: Acción de tutela. Fallo de segunda instancia. Contra providencia judicial.

Resuelve la Sala la impugnación interpuesta por la señora **POLOCHE ALAPE** contra el fallo de 5 de abril de 2018, dictado por la Sección Cuarta del Consejo de Estado, por medio del que, **negó** el amparo deprecado por ésta.

I. ACLARACIÓN PREVIA

La Sección Cuarta del Consejo de Estado con auto del 15 de diciembre de 2017, resolvió:¹

«**Primero. Inadmitir** la demanda de tutela presentada por la señora Cándida Poloche Alape.

Segundo. Ordenar a la demandante que, en el término de tres días, subsane la demanda, en el siguiente sentido:

- Identificar con precisión a la parte demandante.
- Exponer de manera clara y concisa los hechos u omisiones que generan la vulneración o amenaza de los derechos fundamentales invocados.
- Precisar cuáles son las autoridades que presuntamente generaron la vulneración o amenaza de los derechos fundamentales invocados.
- Sustentar la causal o causales específicas de prosperidad de la tutela contra providencias judiciales, que estime configurada en este caso.

¹ Fl. 76.



Si la demanda no se subsana en el plazo aquí señalado, será rechazada, en los términos del artículo 17 del Decreto 2591 de 1991.

Tercero. Reconocer al abogado Leonardo Patrocinio Gómez Galviz, como apoderado de la demandante, en los términos del poder conferido (folio 1 del expediente)». ²

El apoderado de la tutelante, dio cumplimiento a lo anterior y allegó la subsanación de la acción de tutela. Motivo por el cual, en apartado que sigue, se hará referencia a esta última.

II. ANTECEDENTES

1. La tutela

La señora **POLOCHE ALAPE**, mediante apoderado judicial, promovió acción de tutela, inicialmente presentada, el 6 de diciembre de 2017, ³ invocando la protección de sus derechos fundamentales a la *«igualdad real y efectiva, derecho de defensa, y contradicción, derecho a la seguridad social, a la protección de los derechos adquiridos de los trabajadores, derecho a la dignidad humana, derecho a la seguridad social en conexidad con el derecho a la vida, el mínimo vital y la dignidad humana, derecho al mínimo vital y móvil por desconocimiento a principios básicos de la administración pública y de la justicia como son: a la confianza legítima, la seguridad jurídica y buena fe guardada»*, presuntamente vulnerados por el Juzgado Diecinueve Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá y la Subsección F, Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, que en primera y segunda instancia, respectivamente, negaron las pretensiones, dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, radicado con el No. 11001-33-35-019-2014-00034-01.

1.1. Hechos

Los supuestos fácticos de la presente acción, en síntesis, son los siguientes:

² Énfasis del original.

³ Fls. 2 – 20, inicial. Poder fl. 1. Tutela corregida, fls. 79 – 84.



186

1.1.1. La señora **POLOCHE ALAPE** ejerció el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, encaminado a obtener la nulidad de los actos por medio de los cuales, la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional (en lo sucesivo CASUR) negó el reconocimiento y pago de la sustitución de la asignación de retiro del señor José Clemente Roberto Monroy, quien falleció.⁴

1.1.2. El Juzgado Diecinueve Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá, con sentencia del 22 de junio de 2016, negó las pretensiones de la demanda, en razón a que del análisis en conjunto del material probatorio allegado al proceso, expuso que *«quien alegue la condición de compañera permanente, para obtener el derecho a la sustitución pensional – asignación de retiro - debe demostrar dentro del proceso, además de una convivencia material con el causante durante los últimos 5 años de vida, situación que no ocurrió, el compromiso de apoyo afectivo y de comprensión mutua que existía con su pareja al momento de la muerte y no simplemente, se reitera, el vínculo de la unión marital de hecho»*.⁵

1.1.3. La parte actora inconforme con la anterior decisión la apeló.⁶

1.1.4. La Subsección F, Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, con providencia del 8 de junio de 2017, confirmó la anterior decisión.⁷

Lo anterior, toda vez que luego de analizar las pruebas obrantes en el proceso, en especial las declaraciones y testimonios, concluyó que, en el caso concreto, no se acreditó la convivencia de las señoras **CÁNDIDA POLOCHE ALAPE** y ANA DELIA VALBUENA con el señor JOSÉ CLEMENTE ROBERTO MONROY (q.e.p.d.).

1.2. Fundamentos de la solicitud

El apoderado de la tutelante consideró que en las anteriores providencias se configuró un **defecto fáctico**, que lo explicó, en los siguientes términos:

⁴ Fls. 1 – 8. Expediente ordinario allegado en calidad de préstamo (en lo sucesivo Exp. Ord.).

⁵ Fls. 158 – 171. *Idem*.

⁶ Fls. 176 – 179. Exp. Ord.

⁷ Fls. 227 – 249. *Idem*.



«**LA SEGUNDA INSTANCIA**, Tribunal Administrativo de Cundinamarca Subsección “F”. Esta instancia resuelve el recurso de apelación frente a la sentencia proferida el 22 de junio de 2016 por el Juzgado Diecinueve (19) Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá. El Tribunal hace un análisis sucinto de la decisión del Juzgado, y se centra en que el FACTOR DEMOSTRATIVO de convivencia con el causante por parte de la demandante señora CANDIDA {sic} POLECHE {sic} ALAPE, no fue suficiente para el reconocimiento de la sustitución de la asignación de retiro, por no cumplir con el requisito exigido en calidad de beneficiaria y por dependencia económica en totalidad del señor JOSÉ CLEMENTE ROBERTO MONROY, además que quien demanda sobre la calidad de compañera permanente sumado al hecho de acreditar la unión marital de hecho también debe probar una convivencia material durante los últimos cinco (5) años antes de su deceso, también de compromiso de apoyo afectivo y de comprensión mutua hasta el momento de la muerte de su pareja.

En conclusión, tanto el Juez de primer grado {sic} como el de segundo grado frente a la valoración de las pruebas aportadas {sic} y practicadas incurren en violación sustancial de la norma al valorar las pruebas de manera en doble vía.

PRIMERO, incurren en VIOLACIÓN SUSTANCIAL DE LAS NORMAS POR VÍA DE HECHO al desconocer el Juez de 1º y 2º grado que debiendo valorar las pruebas en su conjunto, sólo le dan crédito a la versión o testimonio de la accionante que como ya hemos dicho incurrió según el juez de 1º y 2º grado en incoherencias y no les permitió establecer con exactitud la fecha desde cuando se inició la convivencia de la accionante con su extinto compañero permanente y al valorar solamente esta prueba dejó las demás declaraciones y testimonios rendidos por fuera de su valoración y para reforzar su criterios sólo tiene en cuenta las testimoniales de ANA DELIA VALBUENA como vinculada y sus testimonios en la parte que le desfavorece a la accionante.

SEGUNDO. incurren en VIOLACIÓN SUSTANCIAL DE LAS NORMAS POR VÍA DE ERROR DE DERECHO al examinar el Juez de 1º y 2º grado que debiendo valorar las pruebas en su conjunto, no se le dá el crédito que merecen la versión o testimonio de la accionante y los testigos aportados especialmente éstos, que manifiestan tener conocimiento de la convivencia dentro de un mismo lugar de residencia de la pareja de compañeros permanentes conformada por la zseñora {sic} CÁNDIDA POLOCHE ALAPE y el Causante {sic} JOSÉ CLEMENTE ROBERTO MONROY (q.e.p.d), además, las versiones rendidas por la totalidad de los testimoniales practicados, unas tienen fuerza para estructurar la convivencia de la accionante con el causante y las aportadas por ANA DELIA VALBUENA no tienen suficiente fuerza para desvirtuar tal convivencia, lo que indica el error de derecho en el que incurren las autoridades administrativas y judiciales al momento de valorar las pruebas».⁸

⁸ Énfasis del original.



Al hacerse la debida valoración, es claro que la tutelante cumple con los requisitos establecidos en el Decreto No. 4433 de 2004, para acceder a la sustitución de la asignación de retiro reclamada.

Finalmente, afirmó la accionante que otro punto a analizar por esta parte es la **decisión sin motivación**, este defecto se origina cuando el juez actúa al margen del procedimiento establecido o vulnera de manera definitiva el debido proceso constitucional de la actora. Particularmente, se incurre en defecto procedimental por vulneración del principio de consonancia cuando la sentencia no está en conexión con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda.

1.3. Pretensiones

Como consecuencia del amparo de sus derechos, en la tutela se pidió:

«**PRIMERO:** Tutelar los derechos fundamentales de la Señora CÁNDIDA POLOCHE ALAPE (...) y en consideración a circunstancias que la colocan en situación de persona objeto de protección por parte de la sociedad y el Estado a obtener el reconocimiento de los siguientes; {sic}

A.- Derecho a una seguridad social, que adquirió como beneficiaria en el sistema de seguridad social Integral por ser durante más de cinco (5) años la compañera permanente del que en vida se llamó JOSÉ CLEMENTE ROBERTO MONROY, Sargento Segundo en uso de buen retiro de la Policía Nacional, y posterior a su fallecimiento reclama ese derecho como sustituta de la asignación de retiro del causante como compañera permanente.

B.- la señora Actora {sic}, tiene derecho a que se le reconozca su calidad de compañera permanente del señor Sargento Segundo ® (QEPD) JOSÉ CLEMENTE ROBERTO MONROY, y como consecuencia de ello la Caja de Sueldos y Retiros de la Policía Nacional -CASUR-, tiene el deber de reconocerla como sustituta de la asignación de retiro en un 100% que venía gozando el causante.

C.- La Señora Actora {sic} tiene derecho a que las autoridades judiciales la protejan y hagan efectivos los derechos que reclama a través de los mecanismos judiciales por ser una persona de la tercera edad, que convivió por más de cinco (5) años con su compañero permanente ya fallecido, y por haber cuidado de él durante su tiempo de convivencia, por haber dependido económicamente de él, y por haber formado parte del entorno familiar inmediato y cercano del fallecido, por haber conformado su núcleo de pareja en familia compartiendo techo, lecho y mesa, por haber formado lasos de solidaridad, aprecio, comprensión, por haberlo ayudado a subsistir mediante sus cuidados y apoyos material y afectivo hasta sus últimos días.



D.- La señora Actora {sic}, formó con el señor Sargento Segundo ® (QEPD) JOSÉ CLEMENTE ROBERTO MONROY, un núcleo familiar soporte de la sociedad que hoy le niega la posibilidad de subsistir sola, que no le brinda espacios de trabajo, de bienestar, de protección social, que su fuerza de trabajo ya no es importante para desarrollo {sic} laborales ni institucionales, sola sin el apoyo de su compañero permanente sin posibilidad efectiva y real de subsistencia distinta a la bondad y misericordia de las personas que la postran en una situación indigna como persona.

SEGUNDO: Que como consecuencia del poder otorgado y el deber impuesto a los señores Jueces de la República y, en el caso que nos ocupa a los de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo por Mandato de la Constitución Nacional artículo 4, en concordancia con los artículos 13, 29, 48, 53, 230 y artículo 138 del C.P.A.C.A., que se aplique excepción de inconstitucionalidad y la excepción de ilegalidad, respecto del artículo 11 del decreto 4433 de 2004, en la no aplicación de normas que contraríen la Carta Política, que existió “Omisión Legislativa relativa” {sic}

Se declare mediante sentencia de reemplazo la nulidad de la Sentencia {sic} de primera instancia expedida por el Juzgado diecinueve (19°) administrativo de Bogotá de fechas 22 de junio 2016, en la cual negó las pretensiones de la demanda incoada por la Señora CÁNDIDA POLOCHE ALAPE (...), en contra de caja sueldos de retiro de la Policía Nacional, expediente No. 11001333501920140003400, porque desconoce los postulados constitucionales que protegen las personas de la tercera edad, la efectivización de los derechos de las personas en estado de indefensión, y porque prioriza las formalidades legales a las realidades que afectan a las personas con derechos a la seguridad social y desconoce las garantías laborales establecidas en el artículo 53 de la Constitución Nacional de 1991, en cuanto a la protección de los derechos adquiridos de los trabajadores en que no pueden ser desprotegidos ni sus familias desamparadas.

TERCERO: De igual manera, mediante sentencia de reemplazo declarar la nulidad del fallo de segunda instancia del ocho (08) de junio de dos mil diecisiete (2017) por medio de la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda Subsección “F” confirmó la sentencia de fechas 22 junio 2016, del juzgado diecinueve (19) administrativo de Bogotá.

CUARTO: Se ordene que mediante sentencias de reemplazo, cumpliendo los principios y valores constitucionales del debido proceso, y el acceso efectivo a la administración de justicia y se declare la nulidad de las resoluciones No. 3552 de 28 de junio de 2012 y resolución No. 11177 de 17 de septiembre de 2012, expedidas por la Caja Sueldos de Retiro de la Policía Nacional».⁹

⁹ Énfasis del original.



2. Trámite en primera instancia

Una vez subsanada la acción de tutela, la Sección Cuarta del Consejo de Estado, en auto de 25 de enero de 2018,¹⁰ la admitió y ordenó notificar a los Magistrados de la Subsección F, Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca y al Juez Diecinueve Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá.

Como terceros con interés dispuso notificar al Director de CASUR y a la señora Ana Delia Valbuena, al primero por haber sido parte y, a la segunda, toda vez que intervino, en el proceso ordinario.

3. Intervenciones

Remitidos los oficios de rigor,¹¹ se recibieron las siguientes:

3.1. La Subsección F, Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca

Al contestar solicitó negar el amparo deprecado, para lo cual, explicó que la tutelante manifiesta que se incurrió en defecto procedimental, que fue una decisión sin motivación y que se vulneró el debido proceso y el acceso a la administración de justicia, lo cual no ocurrió en el fallo de segunda instancia, como quiera que, contrario a lo afirmado por aquélla, para proferir la decisión de fondo se valoraron en debida forma las pruebas que obraban en el expediente, las cuales eran suficientes para determinar que la señora **CÁNDIDA POLOCHE ALAPE** no tenía derecho al reconocimiento de la sustitución pensional de la asignación de retiro del señor JOSÉ CLEMENTE ROBERTO MONROY (q.e.p.d.), en calidad de compañera permanente.¹²

Explicó que, en la providencia se hizo el debido análisis probatorio de manera integral, sin que se pueda dar valor a unas pruebas (declaraciones extra juicio) omitiendo lo declarado por los mismos testigos ante el Despacho del *a quo*, como pretende ahora la tutelante. Se tomaron en consideración las demás pruebas aportadas, de las que se concluyó por la Sala que la señora

¹⁰ Fl. 93.

¹¹ Fls 94 – 100.

¹² Fls. 113 - 117.

POLOCHE ALAPE no cumple los requisitos para obtener la sustitución pensional que demanda.

Finalmente, indicó que en el fallo objeto de la acción de tutela no se incurrió en ninguno de los defectos que jurisprudencialmente se han definido para la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, por el contrario, se aviene a las pruebas y a los fundamentos jurídicos aplicables.

3.2. La Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional

Al intervenir explicó que la acción de tutela no es vía idónea para el control de legalidad de las providencias judiciales en atención a que la Ley consagra recursos y oportunidades procesales para interponerlas, de esta forma garantizando el derecho constitucional de defensa y a la doble instancia; motivo por el cual, solicitó la declaratoria de improcedencia del amparo constitucional, por lo tanto, que no se revoque el fallo acusado, en razón en que fue proferido en estricto cumplimiento de la normatividad vigente.¹³

3.3. La señora Ana Delia Valbuena

Como tercera interesada, mediante apoderado judicial, intervino explicando que la argumentación lógica jurídica allí planteada, es la aplicable exclusivamente en este caso, a ella, pero no para la tutelante, toda vez que frente a las declaraciones con que pretenden demostrar la supuesta convivencia con esta señora, se anteponen y contraponen, las pruebas de una relación «*contractual-económico-laboral*» y las de convivencia en ese mismo lapso, de la señora VALBUENA, como se desprende al revisar el expediente. Para finalmente expresar que se «*coadyuva el soporte legal y constitucional, en lo beneficioso para mi poderdante*».¹⁴

4. Decisión de primera instancia

La Sección Cuarta del Consejo de Estado con providencia del 5 de abril de 2018, resolvió:¹⁵

«**1. Admitir** la solicitud de coadyuvancia de la señora Ana Delia Valbuena.

¹³ Fls. 139 - 142.

¹⁴ Fls. 149 - 154. Poder fl. 148.

¹⁵ Fls. 155 - 161.



2. **Denegar** las pretensiones de la tutela, por las razones expuestas en esta providencia». ¹⁶

Para arribar a lo anterior, explicó que con la sentencia del 8 de junio de 2017, dictada por la Subsección F, Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, no se incurrió en defecto fáctico, pues la decisión de denegar las pretensiones del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho que promovió la señora **CÁNDIDA POLOCHE ALAPE**, se fundó en la valoración integral de las pruebas obrantes en el expediente, que dieron cuenta que ni ella ni la señora ANA DELIA VALBUENA tenían derecho al reconocimiento de la sustitución de la asignación de retiro del señor José Clemente Roberto Monroy.

5. La impugnación

La decisión tomada por el *a quo* fue impugnada en término, ¹⁷ por el apoderado de la señora **POLOCHE ALAPE**, quien sustentó su inconformidad, reiterando los defectos alegados y explicó:

«Obsérvese que en el interrogatorio de parte a la señora CANDIDA {sic} POLOCHE ALAPE, el cual se hizo bajo la gravedad del juramento, reitero que su convivencia se consolidó desde diciembre 4 de 2006 hasta la fecha de fallecimiento de su compañero permanente señor (Q.E.P.D.) JOSÉ CLEMENTE ROBERTO MONROY, esto es hasta el día 10 de mayo de 2012, es decir que está probado que la convivencia se dio por un tiempo ininterrumpido de cinco (5) años cinco (5) meses siete (7) días, tiempo suficiente para cumplir lo presupuestado en el artículo 11 parágrafo 2 literal a) del decreto 4433 de 2004” {sic} que a la letra dice:

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

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

¹⁶ Énfasis del original

¹⁷ Ffs. 170 – 173. El fallo de primera instancia se notificó por correo electrónico el 12 de abril de 2018 (fs. 162 - 169). La impugnación se radicó el día 17 de ese mes y año, es decir, dentro del término establecido por el artículo 31 del Decreto No. 2591 de 1991.



Igualmente se puede observar de los testimonios que acudieron en primera instancia, que todos coinciden en señalar que, si hubo una verdadera y efectiva convivencia entre la señora CÁNDIDA POLOCHE ALAPE y el causante señor JOSE {sic} CLEMENTE ROBERTO MONROY desde el 04 de diciembre de 2006, hasta la fecha de fallecimiento». ¹⁸

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Competencia

Esta Sala es competente para asumir el conocimiento de la impugnación presentada, según lo establecido por el Decreto No. 2591 de 1991, en concordancia con el Decreto No. 1069 de 2015 modificado por el Decreto No. 1983 de 2017, así como el Acuerdo No. 55 de 2003 de la Sala Plena de la Corporación.

2. Asunto bajo análisis

De conformidad con el fallo de primera instancia y la impugnación presentada, corresponde a la Sala determinar:

- i. La procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales.
- ii. Si el fallo de tutela de primera instancia se debe confirmar, modificar o revocar, a partir de los argumentos dados en la impugnación.

3. Procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales

Esta Sección, mayoritariamente, ¹⁹ venía considerando que la acción de tutela contra providencia judicial era improcedente por dirigirse contra una decisión judicial. Solo en casos excepcionales se admitía su procedencia, eventos estos que estaban relacionados con un vicio procesal ostensible y desproporcionado que lesionara el derecho de acceso a la administración de justicia en forma individual o en conexidad con el derecho de defensa y contradicción.

¹⁸ Énfasis del original.

¹⁹ Sobre el particular, el Consejero Ponente mantuvo una tesis diferente sobre la procedencia de la acción de tutela contra providencia judicial que se puede consultar en los salvamentos y aclaraciones de voto que se hicieron en todas las acciones de tutela que conoció la Sección. Ver, por ejemplo, salvamento a la sentencia Consejera Ponente: Dra. Susana Buitrago Valencia. Radicación: 11001-03-15-000-2011-00546-01, accionante: Oscar Enrique Forero Nontien y accionados: TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA, SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN F Y OTRO.



190

Sin embargo, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, en fallo de 31 de julio de 2012²⁰ **unificó** la diversidad de criterios que la Corporación tenía sobre la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, por cuanto las distintas secciones y la misma Sala Plena habían adoptado posturas desemejantes sobre el tema.²¹

Así, después de un recuento de los criterios expuestos por cada Sección, decidió modificarlos y unificarlos para declarar expresamente en la parte resolutive de la providencia, la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales.²²

Señaló la Sala Plena en el fallo en mención:

«De lo que ha quedado reseñado se concluye que si bien es cierto que el criterio mayoritario de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo ha sido el de considerar improcedente la acción de tutela contra providencias judiciales, no lo es menos que las distintas Secciones que la componen, antes y después del pronunciamiento de 29 de junio de 2004 (Expediente AC-10203), han abierto paso a dicha acción constitucional, de manera excepcional, cuando se ha advertido la vulneración de derechos constitucionales fundamentales, **de ahí que se modifique tal criterio radical y se admita, como se hace en esta providencia, que debe acometerse el estudio de fondo, cuando se esté en presencia de providencias judiciales que resulten violatorias de tales derechos, observando al efecto los parámetros fijados hasta el momento Jurisprudencialmente**».²³ Énfasis propio.

A partir de esa decisión de la Sala Plena, la Corporación debe modificar su criterio sobre la procedencia de la acción de tutela y, en consecuencia, **estudiar las acciones de tutela que se presenten contra providencia judicial y analizar si ellas vulneran algún derecho fundamental, observando al efecto los parámetros fijados hasta el momento jurisprudencialmente** como expresamente lo indica la decisión de unificación.

²⁰ Sala Plena. Consejo de Estado. Rad. No. 11001-03-15-000-2009-01328-01. Acción de Tutela - Importancia jurídica. Actora: Nery Germania Álvarez Bello. Consejera Ponente: María Elizabeth García González.

²¹ El recuento de esos criterios se encuentra en las páginas 13 a 50 del fallo de la Sala Plena antes reseñada.

²² Se dijo en la mencionada sentencia: «**DECLÁRASE** la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, de conformidad con lo expuesto a folios 2 a 50 de esta providencia».

²³ Sala Plena. Consejo de Estado. Rad. No. No. 11001-03-15-000-2009-01328-01. Acción de Tutela - Importancia jurídica. Actora: Nery Germania Álvarez Bello. Consejera Ponente: María Elizabeth García González.



Sin embargo, fue importante precisar bajo qué parámetros procedería ese estudio, pues la sentencia de unificación simplemente se refirió a los «**fijados hasta el momento jurisprudencialmente**».

Al efecto, en virtud de la sentencia de unificación de 5 de agosto de 2014,²⁴ la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, decidió adoptar los criterios expuestos por la Corte Constitucional en la sentencia C-590 de 2005 para determinar la procedencia de la acción constitucional contra providencia judicial y reiteró que la tutela es un mecanismo residual y excepcional para la protección de derechos fundamentales como lo señala el artículo 86 de la Constitución Política y, por ende, el amparo frente a decisiones judiciales no puede ser ajeno a esas características.

A partir de esa decisión, se dejó en claro que la acción de tutela se puede interponer contra decisiones de las Altas Cortes, específicamente, las del Consejo de Estado, autos o sentencias, que desconozcan derechos fundamentales, asunto que en cada caso deberá probarse y en donde el Actora tendrá la carga de argumentar las razones de la violación.

En ese sentido, si bien la Corte Constitucional se ha referido en forma amplia²⁵ a unos requisitos generales y otros específicos de procedencia de la acción de tutela, no ha distinguido con claridad cuáles dan origen a que se conceda o niegue el derecho al amparo -improcedencia sustantiva- y cuáles impiden analizar el fondo del asunto -improcedencia adjetiva-.

Por tanto, se debe verificar que la solicitud de tutela cumpla unos presupuestos generales de procedibilidad. Estos requisitos son: i) que no se trate de tutela contra tutela; ii) inmediatez; iii) subsidiariedad, es decir, el agotamiento de los mecanismos judiciales, ordinarios y extraordinarios de defensa, siempre y cuando ellos sean idóneos y eficaces para la protección del derecho que se dice vulnerado.

²⁴ Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de 5 de agosto de 2014, Ref.: 11001-03-15-000-2012-02201-01 (IJ). Acción de tutela-Importancia jurídica. Actora: Alpina Productos Alimenticios. Consejero Ponente: Jorge Octavio Ramírez Ramírez.

²⁵ Entre otras en las sentencias T-949 del 16 de octubre de 2003; T-774 del 13 de agosto de 2004 y C-590 de 2005.



191

Cuando no se cumpla con uno de esos presupuestos, la decisión a tomar será declarar **improcedente** el amparo solicitado y no se analizará el fondo del asunto.

Cumplidos esos parámetros, corresponderá adentrarse en la materia objeto del amparo, a partir de los argumentos expuestos en la solicitud y de los derechos fundamentales que se afirmen vulnerados, en donde para la **prosperidad** o **negación** del amparo impetrado, se requerirá principalmente: **i)** que la causa, motivo o razón a la que se atribuya la transgresión sea de tal entidad que incida directamente en el sentido de la decisión y **ii)** que la acción no intente reabrir el debate de instancia.

Huelga manifestar que esta acción constitucional no puede ser considerada como una «*tercera instancia*» que se emplee, por ejemplo, para revivir términos, interpretaciones o valoraciones probatorias que son propias del juez natural.

4. Caso concreto

Para la Sala una vez analizados los argumentos planteados en la impugnación, por el apoderado de la señora **POLOCHE ALAPE**, confirmará el fallo de tutela de primera instancia, como pasa a explicarse.

Cuando la tutela se promueve contra una providencia judicial, el análisis de constitucionalidad se enfoca a la decisión de única o segunda instancia, frente a ésta última, se debe validar si se configuró o no una causal especial de procedibilidad de aquélla contra ésta, pues cualquier reproche que se haga frente al fallo de primera instancia, no puede ser, en principio analizado, por no superar el requisito general de la subsidiaridad, pues a través del recurso de apelación se deben plantear todas las inconformidades existentes contra aquél, para que el superior jerárquico determine si la decisión se ajustó a las pruebas y a la normativa aplicable al caso concreto.

En vista de lo anterior, la Sala analizará si la providencia dictada en segunda instancia, por la Subsección F, Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho, afectó a la accionante por la configuración de alguno de los defectos alegados por ésta.



La Sala en cuanto al **defecto fáctico** ha indicado que éste se configura en ciertos eventos y ante el cumplimiento de ciertas cargas por parte del tutelante, resulta oportuno poner de presente las reglas que, sobre el particular, decantó la Sala en sentencia del pasado 11 de febrero de 2016, dentro del radicado No. 11001-03-15-000-2015-03442-00; así:

«Esta Sala de Sección {sic} en decisión del 12 de noviembre del 2015²⁶ precisó los alcances y requisitos que deben atenderse al momento de alegarse la ocurrencia de un defecto fáctico en una providencia judicial, los cuales son traídos a colación en la presente decisión:

Los eventos de configuración del defecto fáctico son: i) omisión de decretar o practicar pruebas indispensables para fallar el asunto; ii) desconocimiento del acervo probatorio determinante para identificar la veracidad de los hechos alegados por las partes; iii) valoración irracional o arbitraria de las pruebas aportadas; y iv) dictar sentencia con fundamento en pruebas obtenidas con violación del debido proceso, los cuales tienen las siguientes características:

Evento	Características
Omisión de decreto y práctica de pruebas indispensables para fallar el asunto	<p>Se da cuando la parte, con el fin de probar los hechos que alega, solicita al juez el decreto de una prueba relevante para resolver el problema jurídico sometido a consideración, y ésta fue negada; ello sin desconocer la facultad del juez ordinario de negar pruebas que no atiendan los requisitos de conducencia, pertinencia e idoneidad. Así las cosas, es importante considerar que no toda negativa a un decreto de pruebas abre la posibilidad a la configuración del defecto, ya que éste procederá cuando se rechace el decreto y práctica de la prueba que, solicitada oportunamente, no cumpla con los parámetros arriba señalados.</p> <p>De esta manera, se requiere:</p> <ul style="list-style-type: none">a) Que la parte identifique el elemento probatorio que solicitób) Que la parte demuestre que lo solicitó en oportunidad legalc) Se expongan las razones por las cuales la prueba solicitada era conducente, pertinente o idónea.d) Señalar de manera razonada la razón por la cual, de haberse decretado la prueba, el sentido de la decisión hubiere sido otro.
Desconocimiento del acervo probatorio determinante para identificar la veracidad de los	<p>Se presenta cuando, obrando los elementos de convicción en el expediente, y estos resultan decisivos frente a los hechos que se pretenden probar, éstos no son tenidos en cuenta por el fallador ordinario. En este punto, se requiere que de forma específica, se concrete en el escrito de amparo, cuales pruebas, aportadas oportuna y legalmente, fueron</p>

²⁶ «Radicación No. 11001-03-15-000-2015-01471-01, Accionante: Jaime Rodríguez Forero; Accionado: Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección "A". **Consejera Ponente: Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez**». Negrilla es del original.



192

Evento	Características
hechos alegados por las partes	desconocidas por el juez. Así las cosas, se configura siempre que: a) Se identifiquen los elementos de prueba no valorados por el juez. b) Se demuestre que éstos fueron aportados en forma legal y oportunamente al proceso c) Señale las razones por las cuales eran relevantes para la decisión d) Se precise, razonadamente, la incidencia de los mismos para variar el sentido del fallo.
Valoración irracional o arbitraria de las pruebas aportadas	Procede cuando, a la luz de los postulados de la sana crítica, la apreciación efectuada por el fallador, resulta manifiestamente equivocada o arbitraria, y por ello, el peso otorgado a la prueba se entiende alterado. Se requiere entonces que: a) La parte precise cuál o cuáles de las pruebas fueron objeto de indebida valoración por el juez b) La razón del por qué, en cada caso en particular, la consideración del operador judicial se aleja de las reglas de la lógica, la experiencia y la sana crítica. El segundo de los elementos señalados, resulta de vital importancia, pues es claro que un sencillo desacuerdo en relación con la conclusión a la cual arribó el juez de instancia, en ninguna manera puede ser razón para ordenar el amparo constitucional por este aspecto. Aceptar lo contrario, implicaría una sustitución arbitraria del juez natural.
Dictar sentencia con fundamento en pruebas obtenidas con violación del debido proceso	Refiere al supuesto cuando el fallador de instancia decide el asunto con base en pruebas que no observaron los requisitos legales para su producción o introducción al proceso. Así las cosas, el juez no ignora la prueba ni se equivoca en su apreciación, pero yerra al haberla tenido en cuenta para decidir el problema jurídico que le fue planteado, al ser ésta una prueba que desconoce el debido proceso de las partes. Para su configuración corresponde: a) Señalar con claridad los elementos probatorios aportados con violación al artículo 29 constitucional. b) Exponer las razones que sustentan dicha vulneración. c) Demostrar que estos elementos de convicción fueron el sustento de la decisión.

Como se ve en los elementos señalados, la parte accionante debe precisar mínimamente en su escrito el cargo que plantea, para demostrar no solo la configuración del defecto, sino también, su incidencia en la decisión judicial.

Lo anterior se suma a la exigencia de una carga argumentativa razonable para lograr la prosperidad del cargo, toda vez que, en el caso de una tutela contra una providencia judicial, están en juego valores importantes



para el ordenamiento jurídico, como lo son la cosa juzgada y los derivados de los artículos 1º, 2º, 4º, 5º y 6º de la Constitución.

Así mismo, debe ser cuidadoso el interesado al formular el cargo, en la medida en que los supuestos de hecho hasta aquí mencionados, se excluyen entre sí, de tal manera que no será posible alegar uno y otro respecto de una misma prueba, como suele ocurrir, pues además de ser desacertado, genera confusión al fallador». ²⁷

Si bien la parte accionante cumplió con los requisitos atrás indicados, pues identificó las pruebas supuesta indebidamente valoradas (testimonios, declaración juramentadas y de parte), lo cierto es que en el presente caso no se estructura el defecto fáctico alegado, contrario a lo afirmado por aquélla, ello de la lectura de la providencia proferida por la Subsección F, Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, que ahora se cuestiona, dicha autoridad judicial realizó un análisis en conjunto de las pruebas allegadas por las partes y la tercera interesada, que fue vinculada al proceso ordinario.

Así, luego de resumir los argumentos de la apelación de la señora **CÁNDIDA POLOCHE ALAPE**, como los plasmados por la señora ANA DELIA VALBUENA, fijó como problema jurídico a resolver, en la segunda instancia, el siguiente:

«Se contrae a establecer si las señoras CÁNDIDA POLOCHE ALAPE Y ANA DELIA VALBUENA tienen derecho o no a percibir la sustitución de la asignación de retiro del policial JOSÉ CLEMENTE ROBERTO MONROY, en calidad de compañeras permanentes, para efectos de confirmar o revocar el fallo apelado».

Luego en las consideraciones del numeral 7.4, denominado hechos probados, relacionó y analizó los siguientes aspectos:

- La vinculación del causante (7.4.1).
- El trámite a la solicitud de sustitución pensional (7.4.2).
- De las pruebas aportadas por la señora **POLOCHE ALAPE**. En este punto hace especial énfasis al interrogatorio que le fue practicado y a su ampliación (7.4.3).

²⁷ Resaltados del texto original



193

- De las pruebas aportadas por la señora ANA DELIA VALBUENA (7.4.4).

- De la convivencia del causante (7.4.5).

En este punto puso de presente el hecho que obran varias declaraciones juramentadas rendidas por el señor JOSÉ CLEMENTE ROBERTO MONROY, en las que manifestó su convivencia tanto con la señora **CÁNDIDA POLOCHE ALAPE** como con la señora ANA DELIA VALBUENA (4 en total).

También resaltó la respuesta allegada al proceso del Director General de la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional del 22 de marzo de 2016, en la que manifestó que revisadas las bases de datos se observó que el extinto afiliado JOSÉ CLEMENTE ROBERTO MONROY informó, el día 6 de marzo de 2008, que la señora ANA DELIA VALBUENA dejó de ser su compañera desde el año 2005 y que mediante declaración juramentada del 5 de mayo de 2011, informó que convivía en unión libre desde el año 2008 con la señora **CÁNDIDA POLOCHE ALAPE** y que en virtud de lo anterior, ambas señoras solicitaron la sustitución de la asignación de retiro; pero como se explicará adelante ninguna cumple con los requisitos para acceder a la prestación reclamada.

Luego relacionó y transcribió los testimonios practicados en relación a la convivencia del causante con la tutelante y de la señora VALBUENA.

Finalmente, en este acápite de hechos probados, trajo a colación el escrito del 12 de junio de 2012, de los señores CLEMENTE y CARMEN STELLA ROBERTO DEL VALLE, en calidad de hijos del señor JOSÉ CLEMENTE ROBERTO MONROY (q.e.p.d.), a través del cual informaron a la Caja de Sueldos de Retiro de Policía Nacional que su padre se encontraba legítimamente divorciado; que con la señora ANA DELIA VALBUENA compartió desde septiembre de 2000 hasta octubre de 2006; que de noviembre de 2006 a junio de 2009 convivió con la señora SAGRARIO MONTOYA; que a partir del 2 noviembre de 2009 tomó en arriendo un apartamento en el Barrio Carvajal, Kennedy e inició su convivencia permanente con la señora **CÁNDIDA POLOCHE ALAPE** y que el 1° de octubre de 2010 suscribieron contrato de arrendamiento de un apartamento en

el Barrio Casablanca (Kennedy) donde vivió hasta tu fallecimiento, el 10 de mayo de 2012.

Luego en el numeral 7.5 de sus consideraciones hizo referencia al marco normativo y jurisprudencial aplicable, donde trajo a colación el artículo 11²⁸ del Decreto No. 4433 de 2004, que establece el

²⁸ «Orden de beneficiarios de pensiones por muerte en servicio activo. Las pensiones causadas por la muerte del personal de Oficiales, Suboficiales y Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares, Oficiales, Suboficiales, miembros del Nivel Ejecutivo y Agentes de la Policía Nacional, y Alumnos de las escuelas de formación, en servicio activo, serán reconocidas y pagadas en el siguiente orden:

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

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

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

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

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

La porción del cónyuge acrecerá a la de los hijos y la de estos entre sí y a la del cónyuge, y la de los padres entre sí y a la del cónyuge. En los demás casos no habrá lugar a acrecimiento.

Parágrafo 1°. Para efectos de este artículo el vínculo entre padres, hijos y hermanos será el establecido en el Código Civil, y la calificación de la invalidez de los beneficiarios, será acreditada con fundamento en las normas del Sistema de Seguridad Social Integral que regulan lo concerniente a la determinación de dicho estado.

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 una separación de hecho, la compañera o compañero permanente podrá reclamar una cuota parte de lo



194

orden de beneficiarios de pensiones por muerte en servicio activo, como jurisprudencia del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional, sobre el entendimiento de dicha normativa de cara al pacto social de 1991.

Para entrar al caso concreto en el numeral 7.6, donde explicó que debe tenerse claro que para determinar quién tiene el derecho en este caso a la pensión del señor JOSÉ CLEMENTE ROBERTO MONROY (q.e.p.d) ante el conflicto que se presenta entre las dos presuntas compañeras permanentes, es importante establecer que la convivencia no se limita a compartir un mismo techo, sino que involucra comportamientos de apoyo, solidaridad y ayuda mutua durante los últimos años de vida del causante, y que en este caso no se encontraban acreditadas las circunstancias que legitimaran el derecho en cabeza de alguna de las señoras que aseguraron ser las compañeras permanentes del mismo. Para arribar a lo anterior explicó:

«A esta conclusión llega la Sala una vez revisadas las pruebas obrantes en el plenario, que en gran parte se limitan a las declaraciones juramentadas extraproceso y testimonios e interrogatorios que se llevaron a cabo en el transcurso del trámite de este proceso, de los cuales observa la Sala que no dan certeza de que en efecto las mencionadas señoras convivieron con el causante en calidad de compañeras permanentes, y en caso de que lo hubieren sido, tampoco se logró determinar el periodo en el que presuntamente convivieron con él.

Lo anterior, como quiera que de la lectura de las declaraciones juramentadas rendidas ante Notaría por los señores YOVANNY IMBACHI GUZMÁN, LUZ MARIELA RAMÍREZ LASERNA, CLARA ROSA CUBILLOS MORENO y MARIA ANTONIA POSADA DE MOLINA, a las cuales se hizo referencia en el acápite de hechos probados, se tiene que a los dos primeros les consta la convivencia de la señora CÁNDIDA POLOCHE ALAPE con el señor JOSÉ CLEMENTE ROBERTO MONROY (q.e.p.d.) y afirman que los mismos convivieron bajo el mismo techo y compartieron lecho y mesa desde el **04 de diciembre de 2006** hasta el **10 de mayo de 2012** y, por otra parte, a los dos segundos les consta la convivencia de la señora ANA DELIA VALBUENA con el señor JOSÉ CLEMENTE ROBERTO MONROY (q.e.p.d.) y afirman que los mismos convivieron bajo el mismo techo y compartieron lecho y mesa desde el **26 de febrero de 1997** hasta el **10 de mayo de 2012**.

En principio con las mencionadas declaraciones se determinaría que en este caso se presentó convivencia simultanea {sic} entre el señor JOSÉ CLEMENTE POLOCHE ALAPE y las señoras CÁNDIDA POLOCHE

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».

ALAPE Y ANA DELIA VALBUENA, no obstante, tres de las personas que rindieron las mencionadas declaraciones juramentadas fueron escuchadas en audiencia de testimonio y de los mismos no se logra probar que efectivamente las mencionadas señoras convivieron con el causante en calidad de compañeras permanentes bajo el mismo techo y que compartieron lecho y mesa con el mismo durante los periodos que bajo la gravedad del juramento señalaron en las respectivas declaraciones rendidas ante Notario, esto es, dichas declaraciones no fueron ratificadas en el curso del proceso».

Luego hizo referencia a los testigos LUZ MARIELA RAMÍREZ SERNA y YOVANY IMBACHI GUZMÁN, amigos de la señora **CÁNDIDA POLOCHE ALAPE**, para indicar que de acuerdo *«con lo manifestado se observa que estos testigos, contrario a lo que afirmaron ante el Notario, no tenían conocimiento ni les constaba la convivencia de la aquí demandante con el causante y con los mismos, contrario a lo señalado por el apoderado de la parte demandante no se logra establecer que en efecto la señora CÁNDIDA conviviera con el señor JOSÉ CLEMENTE ROBERTO MONROY (q.e.p.d) como compañera permanente por el periodo que al unísono manifestaron en las declaraciones ante el Notario, ni siquiera se logra determinar que existiera dicha convivencia bajo el mismo techo y que compartieran lecho y mesa, pues es claro que los testigos no tenían conocimiento alguno de ello y el hecho que fueran personas no ilustradas no justifica que ante el Notario afirmen una cosa y en los testimonios no puedan ratificar lo afirmado, además, no se observa que las preguntas fueran realizadas de una manera confusa»*.

También hizo referencia a los testigos MARÍA ANTONIA POSADA DE MOLINA (vecina); MARTHA EUGENIA HOYOS (amiga) de la señora ANA DELIA VALBUENA, para indicar que de sus dichos *«tampoco puede la Sala corroborar que la señora ANA DELIA VALBUENA convivió con el señor JOSÉ CLEMENTE ROBERTO MONROY como su compañera permanente y hasta el momento del fallecimiento, puesto que la testigo solo afirma que los conoció desde el 2002 como pareja y que siempre estaban juntos en reuniones, pero ello no es prueba que indique que ellos convivieron bajo el mismo techo y que compartieron lecho y mesa»*.

Luego explicó que revisadas en conjunto las declaraciones juramentadas rendidas ante Notaría por el señor JOSÉ CLEMENTE ROBERTO MONROY (q.e.p.d.) observó, la autoridad judicial



195

cuestionada, que en el año 2000 afirmó que hacía cinco (5) años convivía bajo un mismo techo en unión libre con la señora ANA DELIA VALBUENA y que esta dependía económicamente de él; en el año 2005, manifestó nuevamente la convivencia con la mencionada señora, especificando que la misma inicio el 26 de febrero de 1997; en el año 2008 y con el fin de solicitar el reintegro de todos los servicios de sanidad a dicha señora manifestó que su convivencia inició en el año 1995 hasta agosto de 2007 y que la convivencia fue interrumpida varios meses.

Para manifestar que de *«acuerdo con sus declaraciones juramentadas, al parecer el señor JOSÉ CLEMENTE ROBERTO MONROY (q.e.p.d.) convivió con la señora ANA DELIA VALBUENA desde el año 1995 de manera ininterrumpida hasta agosto de 2007, sin embargo, con posterioridad al 16 de octubre de 2008 no obra prueba que indique que el mencionado señor conviviera con dicha señora; tan es así que para el año 2011, cuando rindió su última declaración, manifestó que desde el año 2008 convivía con la señora CÁNDIDA POLOCHE ALAPE»*.

Luego puso de presente que en lo que tiene que ver con la señora **POLOCHE ALAPE**, de los testimonios que fueron escuchados en audiencia no se puede establecer la convivencia de la misma con el causante bajo el mismo techo, ni que compartieran lecho y mesa por el periodo del año 2006 hasta su deceso en el año 2012. Frente a este aspecto, resaltó:

«Es cierto y no se puede desconocer que el causante rindió declaración juramentada en el año 2011 en la que manifestó que convivió en unión marital de hecho con la señora CANDIDA {sic} POLOCHE ALAPE desde el año 2008. Tampoco se puede desconocer que la unión marital de hecho entre los mismos fue declarada en un centro de conciliación de la Personería de Bogotá en la que se indicó como fecha de inicio el 15 de enero de 2008».

También destacó el hecho que en el interrogatorio de parte que rindió la señora **CÁNDIDA POLOCHE ALAPE**, la Subsección F, Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca observó *«que dicha señora manifestó que ella fue contratada por una de las hijas del causante para que lo cuidara y que por esta labor ella era remunerada, y el hecho que la hija le hubiera dicho cuando la contrato {sic} que lo cuidara como esposa y que por ser responsable ella tenía el derecho a reclamar todo y que todo iba a*



ser de ella, de manera alguna crea una convivencia como compañeros permanentes».

Por último explicó que:

«Si en gracia de discusión, se dejara de lado lo manifestado en el interrogatorio de parte realizado a la demandante, lo cual no hará esta Sala, y se tomara como prueba únicamente el acta de conciliación y la declaración juramentada que rindió el señor JOSÉ CLEMENTE ROBERTO MONROY (q.e.p.d), se establecería que la convivencia de los mismos, inició el 15 de enero de 2008, y teniendo en cuenta que el deceso ocurrió el 10 de mayo de 2012, tampoco cumpliría con los requisitos para el reconocimiento de la asignación de retiro, como quiera que no alcanza a superar la convivencia mínima exigida de cinco (5) años».

Bajo los anteriores argumentos, la Subsección F, Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, confirmó la negativa de pretensiones dentro del proceso ordinario. De lo relacionado evidencia este juez constitucional que el defecto fáctico alegado en la presente tutela, no se encuentra estructurado, pues dicha autoridad judicial para tomar su decisión realizó un análisis en conjunto de las pruebas aportadas por las partes y la tercera vinculada en dicho trámite judicial, para concluir que la accionante ni la tercera interesada cumplían con los requisitos establecidos por el artículo 11 del Decreto No. 4433 de 2001, para ser beneficiaria de la sustitución de asignación de retiro reclamada.

Así las cosas, resulta evidente para la Sala que la actividad intelectual que realiza el fallador en materia de apreciación y valoración de pruebas, hace parte de la autonomía e independencia de la que gozan los jueces de la República y, por lo mismo, ni las partes y mucho menos el juez constitucional, puede imponer a toda costa su criterio, interpretación y lógica sobre la del natural, como si se tratara de un juez superior e infalible y con ello, sustituir de manera arbitraria el juicio valorativo de aquel; motivo por el cual, la acción constitucional no puede ser considerada como una «*tercera instancia*» que se emplee, por ejemplo, para revivir términos, interpretaciones o valoraciones probatorias que son propias del juez natural.

En vista de lo anterior, al no darse el defecto fáctico, tampoco permiten configurar el de decisión sin motivación y el procedimental, en los términos alegados en la presente acción, toda vez que la autoridad judicial cuestionada dio las razones de hecho y derecho,



196

para negar la nulidad del acto administrativo demandado en el proceso ordinario, motivo por el cual, no se puede otorgar el amparo deprecado ni acceder a las pretensiones elevadas,²⁹ en el actual mecanismo constitucional.

Por lo anterior, este juez constitucional confirmará la providencia impugnada, proferida por la Sección Cuarta del Consejo de Estado.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

PRIMERO: Confirmar el fallo de tutela de primera instancia, del 5 de abril de 2018, por medio del cual, la Sección Cuarta del Consejo de Estado **negó** el amparo deprecado por la señora **CÁNDIDA POLOCHE ALAPE**, de conformidad con la parte motiva de la presente decisión.

SEGUNDO: Enviar el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión, de conformidad con lo establecido por el artículo 32 del Decreto No. 2591 de 1991.

TERCERO: Notificar a las partes según lo establecido por el artículo 30 del Decreto No. 2591 de 1991.

CUARTO: Devolver el expediente ordinario allegado en calidad de préstamo.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

ROCÍO ARAÚJO ONATE
Presidente

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Consejera

²⁹ Entre ellas, al dejar sin efecto la providencia judicial que se ordena que «se aplique excepción de inconstitucionalidad y la excepción de ilegalidad, respecto del artículo 11 del decreto 4433 de 2004, en la no aplicación de normas que contraríen la Carta Política».



CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO

Consejero

ALBERTO YEPES BARREIRO

Consejero



SC5780-6-1



GP059-6-1

