



Rama Judicial

República de Colombia

JUZGADO TERCERO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO

Ibagué-Tolima, dieciocho (18) de octubre de dos mil diecinueve (2019)

Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: JACKELINE SALAZAR CASTELLANOS
Demandado: CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE LA POLICÍA NACIONAL
Radicación: 73001-33-33-003-2013-00733-00

ASUNTO

Procede este Juzgado a emitir sentencia, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 187 de la Ley 1437 de 2011, dentro del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho promovido por Jackeline Salazar Castellanos contra la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional.

I. ANTECEDENTES

1. PRETENSIONES

- 1.1. Que se declare la nulidad del acto administrativo contenido en la Resolución **N.19508 del 13 de noviembre de 2012**, en cuanto negó a la demandante el reconocimiento de sustitución de asignación mensual de retiro, en calidad de cónyuge sobreviviente del extinto mayor de la Policía Nacional, Elver Isidro Zambrano Chavarro (q.e.p.d.)
- 1.2. Que como consecuencia de lo anterior y a título de Restablecimiento del Derecho, se condene a la demandada a reconocer y pagar la sustitución de asignación mensual de retiro a la demandante, en su calidad de cónyuge sobreviviente y en cuantía equivalente al 50% del total de la prestación que devengaba el extinto mayor, con el respectivo acrecimiento previsto en el artículo 11 numeral 11.5 inciso 2º del Decreto 4433 de 2004.
- 1.3. Que se condene al reconocimiento y pago de los ajustes al valor a que haya lugar, de conformidad con lo establecido en el artículo 187 de la Ley 1437 de 2011.
- 1.4. Que se dé cumplimiento a la sentencia en los términos establecidos en el artículo 192 y 195 de la Ley 1437 de 2011.
- 1.5. Que se condene en costas a la demandada.

2. HECHOS RELEVANTES

- 2.1. El día 12 de diciembre de 1998, la señora Jackeline Salazar Castellanos y el señor Elver Isidro Zambrano Chavarro (q.e.p.d.) contrajeron

matrimonio, dentro del cual procrearon a Juan Pablo y Juana Valentina Zambrano Salazar.

- 2.2. El día 29 de septiembre de 2010, la señora Jackeline y el señor Elver, por mutuo acuerdo decidieron la cesación de efectos civiles y la liquidación de la sociedad conyugal que se había conformado entre ellos.
- 2.3. No obstante lo anterior, la señora Jackeline y el señor Elver, en ejercicio de su autonomía y libertad, mantuvieron un vínculo de hecho, viviendo bajo el mismo techo y conservando una vida en pareja.
- 2.4. El día 06 de febrero de 2012, la señora Jackeline y el señor Elver nuevamente contrajeron matrimonio, esta vez por el rito civil.
- 2.5. La entidad demandada había reconocido al mayor extinto Elver Isidro Zambrano Chavarro (q.e.p.d.), una asignación de retiro equivalente al 62% de su sueldo básico y partidas computables, prestación que venía devengando desde el 2 de marzo de 2009.
- 2.6. El señor Elver Isidro Zambrano Chavarro falleció el día 13 de septiembre de 2012 y para el momento de su muerte tenía un vínculo matrimonial vigente con la hoy demandante.
- 2.7. El día 18 de octubre de 2012, la demandante en nombre propio y en representación de sus hijos menores, solicitó a la entidad demandada la sustitución de la asignación de retiro que devengaba su esposo (q.e.p.d.).
- 2.8. Mediante resolución N.19508 del 13 de noviembre de 2012, proferida por el Director General de la Caja de sueldos de Retiro de la Policía Nacional, reconoció la sustitución de asignación de retiro a sus hijos menores procreados dentro del vínculo conyugal, en el mismo acto se negó el reconocimiento de la sustitución de la asignación de retiro a la demandante.

3. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

Se aducen vulnerados la Constitución Política de Colombia, artículos 5, 13, 42, 48 y 53; Ley 923 de 2004, artículo 3º, numeral 3.7.1; Decreto 4433 de 2004, artículo 11, numeral 11.1 y artículo 40.

Se expone en síntesis, que la negativa al reconocimiento de la sustitución de la asignación de retiro a favor de la accionante, desconoce su condición de cónyuge del causante, con quien convivía, hacía vida marital y había procreado dos hijos, pues el acto acusado se limita a negar el derecho, sin que la demandante se encuentre inmersa en alguna de las situaciones que la excluyan como beneficiaria de la prestación, pues al momento del fallecimiento no se había divorciado del causante, nunca existió separación legal de cuerpos entre ellos, ni estuvieron separados de hecho y al contrario, siempre convivieron bajo el mismo techo como lo corroboraron en sede administrativa las declaraciones rendidas por las señoras Martha Clemencia Aragón Quinto y Alicia Josefina Nieto Guerrero.

Respecto al primer matrimonio que existió entre la demandante y el causante, advierte que la disolución de los efectos civiles del mismo que entre estos se acordó, no puede afectar el derecho a la sustitución de la asignación de retiro, pues

Medio de Control : Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante : Jackeline Salazar Castellanos
Demandado : Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional
Expediente : 73001-33-33-003-2013-00733-00

está demostrado que siempre convivieron bajo el mismo techo, lo que significa que desde ese momento y hasta las nuevas nupcias civiles que contrajeron, conformaron una familia de hecho, amparada por la Constitución Política de Colombia, artículos 5 y 42.

4. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

4.1. Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional (Fol.45-49)

La apoderada de la entidad demandada se opone a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, argumentando que no ha observado una conducta dilatoria o de mala fe por lo que solicita que no se condene en costas ni gastos.

Aduce que la entidad no ha negado la prestación, sino que únicamente ha declarado su incompetencia legal para dirimir un conflicto de carácter familiar, donde se pretende demostrar la calidad de cónyuge y por ende, la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional no se opone a que se señale quiénes son los verdaderos beneficiarios de la prestación.

Además, manifiesta que la demanda que pretende el derecho a devengar el 100% de la sustitución pensional, no está dentro de los asuntos que le competen al Juzgado Administrativo; si no que le compete a la Jurisdicción ordinaria de Familia. Con fundamento en lo anterior, propuso las excepciones denominadas "*FALTA DE LEGITIMIDAD DE LA PARTE POR PASIVA*" y "*FALTA DE COMPETENCIA DEL JUZGADO ADMINISTRATIVO*".

4.2. JUAN PABLO Y JUANA VALENTINA ZAMBRANO SALAZAR (Hijos beneficiarios de la pensión) (Fol.93-97)

A través de curador Ad Litem, se oponen a la declaratoria de nulidad del acto administrativo demandado, indicando que el mismo proviene del análisis de normas pertinentes y aplicables al caso concreto, del material probatorio y la relación de la cónyuge con el pensionado, dicho acto goza de presunción de legalidad y de seguridad jurídica, es un derecho adquirido de buena fe, razón por la cual no habría lugar a ordenar el reintegro de las sumas percibidas.

Señala su representante en el trámite, que la parte demandante debió haber probado en un proceso de unión marital de hecho y no en este proceso, el auxilio apoyo mutuo, la convivencia efectiva no menor a cinco (05) años continuos inmediatamente anteriores a su muerte, la comprensión y la vida en común al momento de la muerte del pensionado, para que le reconocieran dentro de tal proceso dicho tiempo, es decir desde el 30 de septiembre de 2010 hasta el 5 de febrero de 2012.

Por último, indica el Curador Ad Litem, que si bien es cierto que la accionante al momento del fallecimiento del pensionado tenía un vínculo matrimonial vigente inferior a un año, también es claro que de acuerdo con los hechos de la demanda el día 29 de septiembre de 2010, de mutuo acuerdo cesaron los efectos civiles y se liquidó la sociedad conyugal.

A título de excepciones, planteó las de Buena fe, Prescripción

4.3. YULY ANGÉLICA ZAMBRANO RAMÍREZ (Hija beneficiaria de la pensión) (Fol. 204-208)

Manifiesta el Curador Ad litem su oposición a la declaratoria de nulidad del acto administrativo demandado, pues aduce que dicho acto goza de la presunción de legalidad y seguridad jurídica y por ende no daría lugar al reintegro de las sumas percibidas.

En similares términos que a nombre de los jóvenes Juan Pablo y Juana Valentina Zambrano Salazar, planteó las excepciones de Buena fe y Prescripción

Finalmente aduce que la parte accionante debió agotar el requisito de procedibilidad con la vinculación de su representada, por ser afectada directa frente a su pretensión de Nulidad, la cual brilla por su ausencia.

5. TRÁMITE PROCESAL

La demanda fue admitida a través de auto fechado 23 de septiembre de 2013, disponiendo lo de ley (Fol.39). Vencido el término para contestar la demanda, mediante auto del 1º de julio de 2014, se fijó fecha para la audiencia inicial consagrada en el artículo 180 del CPACA (Fol. 77), la cual se llevó a cabo el 04 de septiembre de 2014 y en la etapa de saneamiento del proceso, se ordenó la vinculación de Juan Pablo y Juana Valentina Zambrano Salazar, teniendo en cuenta que son hijos del causante Elver Isidro Zambrano y de la aquí demandante y beneficiarios de la prestación en disputa, razón por la cual se efectuó el nombramiento como curador al litem AL Dr. Juan Caros Arbeláez.

Culminados los términos para notificación, a través de providencia del 22 de abril de 2015, se programó audiencia inicial (Fol.106), la cual se llevó a cabo el 13 de mayo de 2015, reanudada la audiencia y estando en etapa de saneamiento procesal, se dispuso vincular como litisconsorte necesario(sic) a Yuly Angélica Zambrano Ramírez en su condición de hija del causante y beneficiaria igualmente de la prestación.

Mediante auto del 29 de febrero del 2016 (Fol. 134), se ordenó el emplazamiento de la señorita Yuli Zambrano de conformidad con lo establecido en el artículo 293 del Código General del Proceso, siendo notificada a través de Curador Ad Litem.

Luego de vencido el término para contestar, se continuó con el trámite de audiencia Inicial, llevándose a cabo el día 26 de julio de 2018 (Fols.219-223), en ella se realizó el saneamiento del proceso, se declararon no probadas las excepciones de Falta de legitimación en la causa y Falta de competencia que había alegado la entidad demandada, se fijó el litigio, se evacuó el trámite correspondiente a las posibles fórmulas de conciliación, sin que las partes llegaran a un acuerdo, dentro de la misma se escucharon los alegatos de conclusión de las partes.

Así las cosas, al no observarse causal alguna de nulidad procesal que invalide la actuación, el Despacho procede a decidir la controversia conforme a las siguientes

II. CONSIDERACIONES

1. COMPETENCIA

Es competente este Despacho para aprehender el conocimiento del presente asunto en primera instancia, de conformidad a lo previsto en la cláusula general de

Medio de Control : Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante : Jackeline Salazar Castellanos
Demandado : Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional
Expediente : 73001-33-33-003-2013-00733-00

competencia consagrada en el artículo 104 del C.P.A.C.A., así como lo dispuesto en los artículos 155 numeral 3º y 156 numeral 2º ibídem.

2. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico a resolver consiste en determinar si en verdad, la demandante, casada con el Mayor (r) Elver Isidro Zambrano Chavarro al momento del fallecimiento de este, perdió su condición de beneficiaria de la asignación de retiro causada por aquel o si por el contrario, reúne los presupuestos consagrados en el Decreto 4433 de 2004 para hacerse acreedora del beneficio prestacional como cónyuge sobreviviente, con el derecho al respectivo acrecimiento.

3. MARCO JURÍDICO

3.1. Marco legal de la sustitución pensional y la pensión de sobrevivientes.

Respecto de la sustitución pensional debemos indicar que los artículos 36 y 39 del Decreto 3135 de 1968, y 80 y 92 del Decreto 1848 de 1969 establecieron en un primer momento la viabilidad de transferir el derecho pensional a favor de los beneficiarios del causante en los siguientes casos; en primer lugar, cuando fallecía un empleado público que se encontraba gozando de la pensión, y en segundo lugar, cuando el empleado público falleciera y hubiere cumplido con todos los requisitos legales para el reconocimiento de la pensión sin haberla hecho efectiva.

Concretamente señalan las normas referenciadas:

“(...) Decreto 3135 de 1968.

Artículo 36. Al fallecimiento de un empleado público o trabajador oficial con derecho a pensión de jubilación, sus beneficiarios, en el orden y proporción señalados en el artículo 34, tienen derecho a recibir de la respectiva entidad de previsión la pensión que le hubiere correspondido durante dos (2) años, sin perjuicio de las prestaciones anteriores.

(...)

Artículo 39. Sustitución de Pensión. Fallecido un empleado público o trabajador oficial en goce de pensión de jubilación, invalidez o vejez, su cónyuge y sus hijos menores de 18 años o incapacitados para trabajar por razón de sus estudios o por invalidez, que dependieren económicamente de él, tendrán derecho a percibir la respectiva pensión durante los dos años subsiguientes.

Decreto Reglamentario 1848 de 1969.

(...)

Artículo 80. Fallecimiento del empleado con derecho a pensión. Cuando fallezca un empleado oficial que hubiere causado en su favor el derecho a pensión de jubilación, por reunir los requisitos legales, sin haberla hecho

efectiva en vida, ese derecho se transmite a las personas señaladas en el Artículo 92 de este Decreto, para el solo efecto de recibir de la entidad obligada el pago de la pensión que le hubiere correspondido al causante, durante los dos (2) años a que se refiere la citada norma legal.

(...)

Artículo 92. Transmisión de la Pensión. Cuando fallezca el pensionado por invalidez, jubilación o retiro por vejez, su cónyuge y sus hijos menores de dieciocho (18) años o incapacitados para trabajar por razón de estudios o por invalidez, que dependieren económicamente del causante, tendrán derecho a percibir la respectiva pensión durante los dos (2) años subsiguientes al fallecimiento del pensionado.

(...)"

Con la Ley 33 de 1973¹ se ratificaron para las viudas estas variables en aras de acceder a la sustitución pensional, esto es, debían los causantes estar disfrutando de la pensión o haber cumplido todos los requisitos para su reconocimiento al momento de la muerte.

"(...) Artículo 1°. Fallecido el particular pensionado o con derecho a pensión de jubilación, invalidez o vejez, o un empleado o trabajador del sector público, sea este oficial o semioficial con el mismo derecho, su viuda podrá reclamar la respectiva pensión en forma vitalicia. (...)

Parágrafo 2°. A las viudas que se encuentren en la actualidad disfrutando, o tengan derecho causado a disfrutar, de los cinco (5) años de sustitución de la pensión, les queda prorrogado su derecho dentro de los términos de esta Ley."

Luego, la Ley 12 de 1975 "Por la cual se dictan algunas disposiciones sobre régimen de pensiones de jubilación" dispuso que para que la cónyuge supérstite o la compañera permanente de un trabajador particular o de un empleado o trabajador público y sus hijos menores o inválidos tuvieran derecho a la pensión de jubilación de éste, el causante solo debía haber completado el tiempo de servicio, sin importar que no hubiere alcanzado la edad cronológica para la prestación.

Posteriormente se expidió la Ley 100 de 1993², que integró los conceptos de sustitución pensional (entendida como aquella en la que el fallecido ya gozaba de

¹ Por el cual se transforman en vitalicia las pensiones de las viudas.

² Que derogó tácitamente lo dispuesto en la ley 12 de 1975, tal y como lo aclaró la Corte Constitucional en la Sentencia C-328 de 2001 en la que señaló:

"Derogación de la norma acusada y estudio de los cargos del demandante.

2- La norma acusada hace parte de la Ley 113 de 1985, que adiciona la Ley 12 de 1975, que regula ciertos aspectos de la llamada pensión de sobrevivientes. Ahora bien, la Ley 100 de 1993, que es norma posterior, creó el sistema general de seguridad general, y en su libro primero establece el régimen general de pensiones. Específicamente, ese libro primero regula integralmente la pensión de sobrevivientes, tanto en el régimen de prima media (artículos 46 y ss) como en el de ahorro individual (arts 73 y ss). Así, las normas sobre el régimen de prima media señalan al respecto:

Por su parte, los artículos 73 y ss de la misma Ley 100 de 1993 regulan la pensión de sobrevivientes en el régimen de ahorro individual y tienen un contenido normativo similar. Estamos pues ante una regulación integral y sistemática de una materia, que es posterior a la norma acusada. Ahora bien, conforme a la teoría jurídica, y como lo ilustra al respecto el artículo 3° de la ley 153 de 1887, se entiende que esa regulación sistemática posterior de un tema deroga tácitamente las normas precedentes sobre la materia, salvo que las normas previas establezcan regímenes especiales. Así, el artículo 3° de la ley 153 de 1887 dice que se estima "insubsistente una disposición legal por declaración expresa del legislador, o por

Medio de Control : Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante : Jackeline Salazar Castellanos
Demandado : Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional
Expediente : 73001-33-33-003-2013-00733-00

pensión) y pensión de sobrevivientes (cuando el cotizante fallece antes de haber obtenido el derecho a pensionarse), tanto en el régimen de prima media con prestación definida³ como en el de ahorro individual⁴, señalando **en su texto original**⁵ que esta prestación se obtiene no solamente en el caso del fallecimiento del pensionado sino también en el evento en que el afiliado que fallezca hubiera cotizado al sistema por lo menos veintiséis (26) semanas al momento de su muerte o que habiendo dejado de cotizar al sistema, hubiera efectuado aportes durante por lo menos veintiséis (26) semanas dentro del año inmediatamente anterior al momento de la muerte. Concretamente señalaba el texto original de la mentada norma:

“Artículo 46. Requisitos para obtener la pensión de sobrevivientes. Tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes:

1. Los miembros del grupo familiar del pensionado por vejez, o invalidez por riesgo común, que fallezca.

2. Los miembros del grupo familiar del afiliado que fallezca, siempre que éste hubiere cumplido alguno de los siguientes requisitos:

a) Que el afiliado se encuentre cotizando al sistema y hubiere cotizado por lo menos veintiséis (26) semanas al momento de la muerte, y

b) Que habiendo dejado de cotizar al sistema, hubiere efectuado aportes durante por lo menos veintiséis (26) semanas del año inmediatamente anterior al momento en que se produzca la muerte.

Parágrafo. Para efectos del cómputo de las semanas a que se refiere el presente artículo se tendrá en cuenta lo dispuesto en los parágrafos del artículo 33 de la presente ley.

(...).”

De lo anterior se concluye, que si bien en principio el derecho a la sustitución pensional solo surgía para los beneficiarios de un empleado público cuando a la fecha de su fallecimiento éste había perfeccionado o consolidado completamente el derecho jubilatorio y luego para los casos en los que el empleado público hubiese logrado el tiempo de servicios sin reunir o completar la edad pensional, con la expedición de la Ley 100 de 1993, régimen pensional vigente, se amplió la

incompatibilidad con disposiciones especiales posteriores, o por existir una ley nueva que regula íntegramente la materia a que la anterior disposición se refería” (subrayas no originales).

La Corte Suprema de Justicia, en su momento, y esta Corte Constitucional han reconocido, en numerosas ocasiones, ese efecto derogatorio de la ley posterior que regula integralmente un tema. Así, la Corte Suprema -Sala Plena-en múltiples pronunciamientos reiteró que el ejercicio de la facultad legislativa consistente en expedir códigos, estatutos orgánicos o regímenes legales integrales implica la derogación de las normas incorporadas a éstos para integrar un solo cuerpo normativo², tesis que ha sido plenamente aceptada por esta Corte Constitucional².

Ahora bien, en este caso, la norma previa acusada no consagra ningún régimen especial, por lo cual debe entenderse derogada por el sistema integral posterior de la Ley 100 de 1993, tal y como lo ha entendido esta Corte². Es pues claro que el artículo impugnado fue derogado. El interrogante que surge entonces es si esa derogación implica que la Corte deba inhibirse de conocer los cargos de la demanda.”.

³ Artículos 49 a 49 de la ley 100 de 1993

⁴ Artículos 73 a 78 de la ley 100 de 1993

⁵ Estuvo vigente hasta su declaratoria de inexecutable por parte de la Corte Constitucional en sentencia C-559/09

posibilidad para acceder al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes con el cumplimiento de un mínimo de semanas cotizadas al sistema.

El literal d) del artículo 47 de la ley 100 de 1993 modificado por el artículo 13 de la ley 797 de 2003, establece que los padres (entiéndase padre y madre), tienen derecho a la pensión de sobrevivientes a falta de cónyuge, compañero o compañera permanente e hijos con derecho, estableciéndose como requisito además de la ausencia de estos beneficiarios con mejor derecho, la dependencia económica de los padres respecto del causante.

La multicitada prestación fue creada por el legislador con la finalidad de atender la contingencia derivada de la muerte, 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, manifestó:

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

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

3.2. Sustitución de la asignación de retiro del personal de los miembros de la policía nacional.

El Decreto 1212 de 1990 por el cual se reforma el Estatuto del Personal de Oficiales y Suboficiales de la Policía Nacional, en sus artículos 172 y 173 establece:

“Artículo 172. Muerte en goce de asignación de retiro o pensión. A la muerte de un Oficial o Suboficial de la Policía Nacional en goce de asignación de retiro o pensión, sus beneficiarios en el orden y proporción establecidos en este Estatuto tendrán derecho a una pensión mensual pagadera por el Tesoro Público o por la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional equivalente en todo caso a la totalidad de la prestación que venía gozando el causante.

Así mismo, el cónyuge, los hijos hasta la edad de veintiún (21) o veinticuatro (24) años si fueren estudiantes y los inválidos absolutos cualquiera sea su edad, tendrán derecho a que el Gobierno les suministre asistencia médica, quirúrgica, odontológica, servicios

Medio de Control : Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante : Jackeline Salazar Castellanos
Demandado : Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional
Expediente : 73001-33-33-003-2013-00733-00

hospitalarios y farmacéuticos, mientras disfruten de pensión decretada con base en los servicios del fallecido.

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

“Artículo 173. Orden de beneficiarios. *Las prestaciones sociales por causa de muerte de un Oficial o Suboficial de la Policía Nacional en servicio activo o en goce de asignación de retiro o pensión se pagarán según el siguiente orden preferencial:*

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

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

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

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

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

Con posterioridad, el Congreso de la Republica expidió la Ley 923 de 2004, a través del cual se señalan las normas, objetivos y criterios que deberá observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública de conformidad con lo establecido en el artículo 150, numeral 19, literal e) de la Constitución Política de Colombia.

Es así, que el artículo 3ro de mentada disposición, menciona:

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

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

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

3.7.2. *En forma temporal, el cónyuge o la compañera permanente supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga menos de 30 años de edad, y no haya procreado hijos con este. La sustitución de la asignación de retiro o de la pensión de invalidez temporal se pagará mientras el beneficiario viva y tendrá una duración máxima de 20 años. En este caso, el beneficiario deberá cotizar al sistema para obtener su propia pensión, con cargo a dicha sustitución. Si tiene hijos con el causante aplicará el numeral 3.7.1*

(...)

3.8. *Las asignaciones de retiro, las pensiones de invalidez de los miembros de la Fuerza Pública y su sustitución, así como las pensiones de sobrevivientes en ningún caso serán inferiores al salario mínimo legal mensual vigente. La sustitución de la*

pensión será igual a lo que venía disfrutando el titular, con excepción de los porcentajes adicionales para quienes se pensionen a partir de la vigencia de la presente Ley. En todo caso, la asignación mensual de retiro de los soldados profesionales no podrá ser inferior a uno punto dos (1.2) salarios mínimos legales mensuales vigentes”.

En desarrollo de la normatividad anterior, se expidió el Decreto 4433 de 2004 (diciembre 31), vigente tanto a la fecha del reconocimiento de la asignación de retiro, como a la fecha de la muerte del causante Mayor Elver Isidro Zambrano Chavarro, y por medio del cual se fijó el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública; y procedió a señalarse el orden de los beneficiarios de las sustituciones pensionales, en su artículo 11 así:

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

Si respecto de un titular de asignación de retiro o pensionado por invalidez hubiese un compañero o compañera permanente, con sociedad anterior conyugal no disuelta y derecho a percibir parte de la pensión de que tratan los literales a y b del presente parágrafo, dicha pensión se dividirá entre ellos (as) en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido.

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

Sumado a ello, dicha disposición normativa, estipuló las condiciones por las cuales se pierde la condición de beneficiario, y según lo menciona el artículo 12 del Decreto 4433 del 2004 señala:

*“**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*

Medio de Control : Nulidad y Restablecimiento del Derecho
 Demandante : Jackeline Salazar Castellanos
 Demandado : Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional
 Expediente : 73001-33-33-003-2013-00733-00

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.

4. DEL CASO EN CONCRETO

Los siguientes son hechos demostrados a través de prueba documental y sobre los que en todo caso, no hubo controversia durante el proceso:

HECHOS PROBADOS Y MEDIO PROBATORIO		
1	El señor Elver Isidro Zambrano Chavarro (Q.E.P.D), prestó sus servicios en la Policía Nacional por un total de 18 años, 6 meses y 28 días con baja efectiva el 02 de marzo de 2009, equivalente al 62% del sueldo básico de actividad para el grado y partidas legalmente computables.	Según lo visto en la imagen número 2 de la hoja de servicios del expediente administrativo visible a folio 78.
2	Que la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional a través de Resolución 000461 del 18 de febrero de 2009, reconoció una asignación mensual de retiro al señor Elver Isidro Zambrano Chavarro (Q.E.P.D), equivalente al 62% del sueldo básico de actividad, incluido un 39% por concepto de subsidio familiar.	Según lo visto en la imagen número 6-7 de la hoja de servicios del expediente administrativo visible a folio 78.
3	La señora Jackeline Salazar Castellanos y el señor Elver Isidro Zambrano Chavarro (q.e.p.d), contrajeron matrimonio de 12 de diciembre de 1998. Luego cesaron los efectos civiles de dicho matrimonio y liquidaron su sociedad conyugal con fecha 29 de septiembre de 2010	Registro civil de matrimonio del folio 7
4	La señora Jackeline Salazar Castellanos y el señor Elver Isidro Zambrano Chavarro (q.e.p.d), contrajeron nuevamente matrimonio el 06 de febrero de 2012, vínculo que se mantuvo vigente hasta el fallecimiento del señor Zambrano Chavarro, ocurrido el el 13 de septiembre de 2012.	Registro civil de matrimonio del folio 8 y de defunción del folio 9.

5	<p>Mediante petición radicada el 18 de octubre de 2012 ante la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional, la señora Jackeline Salazar Castellanos, solicitó el reconocimiento de la sustitución pensional, como cónyuge del señor Elver Isidro Zambrano (Q.E.P.D), a favor de ella y también a favor de los menores Juan Pablo y Juana Valentina Zambrano, hijos del causante.</p>	<p>Según lo visto en la imagen número 26 de la hoja de servicios del expediente administrativo visible a folio 78.</p>
6	<p>A través de Resolución No. 19508 del 13 de noviembre de 2012, la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional en lo referente a la señora Jackeline Salazar Castellanos, negó el reconocimiento de la sustitución pensional, aduciendo el incumplimiento de los requisitos establecidos en el Decreto 4433 del 2004, sin embargo reconoció la sustitución de asignación mensual de retiro a partir del 13 de septiembre de 2012, a favor de Juan Pablo y Juana Valentina Zambrano Salazar en cuantía del 100% de la prestación.</p>	<p>Fol.4-6).</p>
7	<p>A través de solicitud del 22 de abril de 2013, la joven Yuly Angélica Zambrano Ramírez, solicitó ante el grupo de sustitución de la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional, ser tenida en cuenta como hija beneficiaria de la asignación de retiro del causante.</p>	<p>Según lo visto en la imagen número 54 de la hoja de servicios del expediente administrativo visible a folio 78.</p>
8	<p>Teniendo en cuenta lo anterior, la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional a través de Resolución 9588 del 13 de noviembre de 2013, procedió a reconocer y redistribuir la cuota de sustitución de asignación de retiro, a partir del 13 de septiembre de 2012, en partes iguales para Juan Pablo, Juana Valentina Zambrano Salazar y Yuli Angélica Zambrano Ramírez.</p>	<p>Según lo visto en la imagen número 81-83 de la hoja de servicios del expediente administrativo visible a folio 78.</p>

Se sabe que la negativa de la entidad a reconocer el derecho a favor de la demandante, se fundó a su juicio, en que esta perdió su condición de beneficiaria de la asignación de retiro del causante, de acuerdo con lo establecido en el Decreto 4433 de 2004, artículo 12, numerales 12.3, 12.4 y 12.5, esto es, por

Medio de Control : Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante : Jackeline Salazar Castellanos
Demandado : Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional
Expediente : 73001-33-33-003-2013-00733-00

Divorcio o disolución de la sociedad de hecho, Separación legal de cuerpos y Cuando lleven cinco (5) o más años de separación de hecho.

Como se había anunciado con antelación, la cuestión litigiosa se circunscribe a determinar si en verdad, la demandante, casada con el Mayor (r) Elver Isidro Zambrano Chavarro al momento del fallecimiento de este, perdió su condición de beneficiaria de la asignación de retiro causada por aquel o si por el contrario, reúne los presupuestos consagrados en el Decreto 4433 de 2004 para hacerse acreedora del beneficio prestacional como cónyuge sobreviviente.

Para ello vale precisar que no existe ninguna duda sobre la vigencia del vínculo matrimonial al momento del deceso del Mayor (r) Elver Isidro Zambrano Chavarro, por lo que la causal del numeral 12.3 -Divorcio- que se adujo para negar el reconocimiento de la sustitución de la asignación de retiro, no confluye en la demandante.

Es del caso precisar que aunque en efecto, los señores Elver Isidro Zambrano Chavarro y Jackeline Salazar Castellanos contrajeron un primer matrimonio el 12 de diciembre de 1998 y que terminó por cesación de sus efectos civiles el 29 de septiembre de 2010, como luego contrajeron nuevamente nupcias el 06 de febrero de 2012, es respecto de este último vínculo que la entidad debe estudiar la causal de divorcio establecida en el numeral 12.3 señalado, pues claramente debe interpretarse que lo que la norma busca, es extinguirle el derecho al cónyuge que esté divorciado del causante al momento de su muerte, porque allí ya no existen las relaciones familiares y de auxilio económico que determinan el derecho a la sustitución pensional.

Tampoco se puede entender configurada la causal de separación legal de cuerpos, que también debe pregonarse respecto del vínculo matrimonial vigente al momento del fallecimiento, circunstancia que la demandante advirtió que no se dio durante el vínculo matrimonial y siendo una negación indefinida, le correspondía a la entidad demandada demostrar su ocurrencia, trayendo al proceso la prueba documental de la decisión judicial o el acuerdo ante Notaría que la demostrara, carga que no cumplió CASUR.

Por último y respecto de la separación de hecho por un período de 5 año o más, contrario a lo afirmado por la entidad en el acto acusado, durante la actuación administrativa se recibieron las declaraciones de las señoras Martha Clemencia Aragón y Alicia Josefina Nieto Guerrero, siendo claras en señalar, tal como obra en la imagen número 35 y 37 del expediente administrativo, que la pareja conformada por Elver Isidro Zambrano Chavarro y Jackeline Salazar Castellanos **siempre convivieron bajo el mismo techo.**

El Despacho concluye entonces que no se dieron las causales para que la demandante perdiera su condición de beneficiaria de la asignación de retiro del señor Elver Isidro Zambrano Chavarro y al contrario, la señora Jackeline Salazar Castellanos reúne los presupuestos consagrados en el Decreto 4433 de 2004 para hacerse acreedora del beneficio prestacional como cónyuge sobreviviente, pues convivió con el fallecido por un período de más de 13 años, así:

- Desde el 12 de diciembre de 1998 al 29 de septiembre de 2010, como cónyuge.
- Desde el 30 de septiembre de 2010 y hasta el 05 de febrero de 2012, como compañera permanente

- Desde el 06 de febrero de 2012 y hasta el fallecimiento del señor Zambrano, ocurrido el 13 de septiembre de 2012, como cónyuge con sociedad conyugal vigente.

Lo anterior determina la nulidad del acto acusado y el correspondiente restablecimiento del derecho. Para ello, deberá indicarse que le corresponderá a la demandante en virtud del Decreto 4433 de 2004 artículo 11, el 50% de la prestación mientras subsista el derecho de los hijos beneficiarios y luego, con el correspondiente acrecimiento en la forma establecida en el artículo 11 numeral 11.5 inciso 2 que indica:

“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.

(...)

11.5 (...)

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”.

La entidad deberá hacer la respectiva redistribución de la asignación de retiro, aclarándole que no podrá realizar recobros a los beneficiarios que han disfrutado de la asignación, teniendo en cuenta que los mismos son beneficiarios de buena fe, pues al tratarse de un error de la administración al no concederse el derecho a quien reunía los requisitos legales, no puede la entidad alegar a su favor su propia culpa para tratar de recuperar un dinero que fue recibido por una persona que actuó buena fe.

Sin embargo, teniendo en cuenta que la demandante es quien ha venido recibiendo las mesadas como representante de sus hijos Juan Pablo y Juana Valentina Zambrano, los mayores valores que estos hayan recibido y que le correspondían a su señora madre, se imputarán como pagos a la demandante, pues no se trata de enriquecer al núcleo familiar, que se vería beneficiado con un doble pago de no procederse de esta forma.

5. PRESCRIPCIÓN

La prescripción de las mesadas pensionales se rige conforme al artículo 43 del Decreto 4433 de 2004 que señala:

“ARTÍCULO 43. Prescripción. Las mesadas de la asignación de retiro y de las pensiones previstas en el presente decreto prescriben en tres (3) años contados a partir de la fecha en que se hicieron exigibles.

Medio de Control : Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante : Jackeline Salazar Castellanos
Demandado : Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional
Expediente : 73001-33-33-003-2013-00733-00

El reclamo escrito recibido por la autoridad competente sobre un derecho, interrumpe la prescripción, por un lapso igual.

Los recursos dejados de pagar como consecuencia de la prescripción de que trata el presente artículo, permanecerán en la correspondiente entidad pagadora y se destinarán específicamente al pago de asignaciones de retiro en las Cajas o de pensiones en el Ministerio de Defensa Nacional o en la Dirección General de la Policía Nacional, según el caso”.

En el caso bajo estudio tenemos que el señor Elver Isidro Zambrano Chavarro (QEPD), falleció el **13 de septiembre de 2012** y la accionante radicó reclamación de sustitución pensional el **18 de octubre de 2012**, interrumpiendo así el término de prescripción, y la demanda fue presentada el **30 de abril de 2013**, por lo que no hay prescripción de ninguna de las mesadas, pues entre estos eventos no alcanzó a completarse el término de 3 años previsto en la norma.

El valor adeudado será ajustado en los términos del artículo 187 del Código Administrativo y de lo Contencioso Administrativo con aplicación a la fórmula:

$$R = Rh \frac{\text{índice final}}{\text{Índice inicial}}$$

En donde el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh) que es la correspondiente suma adeudada, por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor, certificado por el DANE (vigente a la fecha de ejecutoria de sentencia), por el índice vigente a la fecha en que debió hacerse el pago.

Es claro que por tratarse de pagos de tracto sucesivo la fórmula se aplicará separadamente, mes por mes para cada mesada pensional, teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada uno de ellos.

Los intereses se reconocerán en los términos previstos en el artículo 192 del C.P.A.C.A.

6. COSTAS.

Al resultar prósperas las pretensiones de la demanda, es claro que la parte demandada ha sido vencida en el proceso (Art. 365-1 del C. G. del P.) y al no tratarse de un asunto en el que se ventile un interés público (Art. 188 del C.P.A.C.A), es menester del Despacho realizar la correspondiente condena en costas a favor de los accionantes, ateniendo el criterio objetivo valorativo expuesto por el Consejo de Estado en sentencia calendada el 26 de julio de 2018 , verificando en consecuencia que la parte demandante a través de su apoderada, además de incoar el presente medio de control, asistió a las audiencias programadas y realizó la presentación de alegatos de conclusión, por lo cual se fijará la suma de UN MILLÓN DOSCIENTOS MIL PESOS (\$1.200.000) a cargo de la entidad demandada y se ordenará que por Secretaría se realice la correspondiente liquidación de los gastos procesales, en los términos del artículo 366 del Código General del Proceso.

En mérito de lo expuesto el **Juzgado Tercero Administrativo Oral del Circuito de Ibagué**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO. - DECLARAR la nulidad del acto administrativo contenido en la Resolución 19508 del 13 de noviembre de 2012, expedida por la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional, en cuanto negó el reconocimiento y pago de la sustitución pensional reclamada por **JACKELINE SALAZAR CASTELLANOS**, como consecuencia del fallecimiento de su cónyuge Elver Isidro Zambrano Chavarro (Q.E.P.D.), de acuerdo a los planteamientos expuestos en parte motiva.

SEGUNDO.- Como consecuencia de la declaración anterior y a título de restablecimiento del derecho, **ORDENAR** a la CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE LA POLICÍA NACIONAL que reconozca y ordene el pago de manera vitalicia y a partir del **13 de septiembre de 2012**, del 50% de la asignación mensual de retiro del causante Elver Isidro Zambrano Chavarro (q.e.p.d) a favor de la señora Jackeline Salazar Castellanos, identificada con la C.C. 37.343.175 en calidad de cónyuge supérstite, con el correspondiente acrecimiento en la forma establecida en el artículo 11 numeral 11.5 inciso 2 del Decreto 4433 de 2004.

Para ello, la entidad deberá hacer la respectiva redistribución de la asignación de retiro a partir del 13 de septiembre de 2012.

TERCERO. - Las mesadas adeudadas a la demandante tendrán los reajustes de ley.

Los pagos efectuados a JUAN PABLO Y JUANA VALENTINA ZAMBRANO SALAZAR y que le correspondían a la demandante JACKELINE SALAZAR CASTELLANOS, se imputarán como pagos a esta.

Así mismo, al monto de la condena que resulte, se le aplicarán los ajustes de valor mes por mes, de conformidad con la fórmula expuesta en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO.- No se podrán realizar recobros a los beneficiarios que han disfrutado de la asignación, teniendo en cuenta que los mismos son beneficiarios de buena fe.

QUINTO.- A esta sentencia se le dará cumplimiento de acuerdo con lo previsto en los artículos 187, 192 y 195 de la Ley 1437 de 2011.

SEXTO.- CONDENAR en costas de esta instancia a la parte demandada, y a favor de la demandante. Tásense, tomando en cuenta como agencias en derecho la suma de UN MILLÓN DOSCIENTOS MIL PESOS (\$1.200.000). Liquidense por Secretaría.

SÉPTIMO.- De no ser apelada esta providencia, se ordena el archivo definitivo del expediente, previo las anotaciones de rigor.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DIANA CAROLINA MÉNDEZ BERNAL

Jueza