



Rama Judicial

República de Colombia

JUZGADO TERCERO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO

Ibagué-Tolima, treinta (30) de junio de dos mil veinte (2020)

Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Demandante: AMPARO LOZANO MOSCOSO
Demandado: CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE LA POLICÍA NACIONAL
Vinculada: MARÍA EDILMA OCAMPO DE BARRIOS
Radicación: 73001-33-33-003-2018-00237-00

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 Amparo Lozano Moscoso, siendo vinculada de manera oficiosa la señora María Edilma Ocampo de Barrios, contra la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional.

I. ANTECEDENTES

1. PRETENSIONES (Fol. 14)

- 1.1. Que se declare la nulidad del acto administrativo Resolución No. 650 del 22 de febrero de 2018, preferida por el Director General de la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional, mediante la cual se decidió negar el reconocimiento y pago de la sustitución de la asignación de retiro a la señora Amparo Lozano Moscoso, beneficiara del señor Miguel Barrios (q.e.p.d)
- 1.2. Que como consecuencia de la nulidad de dicho acto administrativo y a título de restablecimiento del derecho, se condene a la demandada a reconocer y pagar el total de la sustitución de la asignación de retiro a la señora Amparo Lozano Moscoso, en calidad de compañera permanente en unión marital de hecho y beneficiaria del causante Miguel Barrios (q.e.p.d)
- 1.3. Que se condene a la demandada a pagar a la actora, lo dejado de percibir por concepto del valor correspondiente a las mesadas de asignación de retiro, primas y demás derechos dejados de recibir, desde el 09 de noviembre de 2017 hasta la ejecutoria de la sentencia y en calidad de beneficiaria del causante.

Medio de Control : Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante : Amparo Lozano Moscoso
Demandado : Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional
Expediente : 73001-33-33-003-2018-0237-00

- 1.4. Condenar a la demandada al pago de 100 salarios básicos legales vigentes a favor del actor, como daños o perjuicios morales causado al retardo el cumplimiento de sus obligaciones prestacionales desde el 09 de noviembre de 2017 hasta la ejecutoria de la sentencia.
- 1.5. Condenar a la demandada a pagar en forma actualizada la correspondiente indexación de las sumas adeudadas, de acuerdo a la variación de los índices de precios al consumidor certificados por el DANE, con fundamento en el artículo 187 del C.P.A.C.A y desde el momento en que el derecho se hizo exigible, es decir desde el 09 de noviembre de 2017 y hasta que se haga efectivo su pago.
- 1.6. Ordenar a la demandada dar cumplimiento a la sentencia con arreglo a los artículos 187,188, 189195 del C.P.A.C.A.

2. HECHOS RELEVANTES (Fol.15)

- 2.1. El Señor Miguel Barrios y la demandante Amparo Moscoso, convivieron en unión marital de hecho durante el periodo comprendido entre 1985 y hasta el 09 de noviembre de 2017, de cuya unión procrearon un hijo de nombre Christian Barrios Lozano, nacido el 25 de noviembre de 1992 actualmente mayor de 25 años.
- 2.2. Los compañeros permanentes Miguel Barrios (Q.E.P.D) y Amparo Lozano Moscoso, convivieron compartiendo mesa, lecho y techo, ofreciéndose ayuda mutua en forma permanente, publica e ininterrumpida desde el año 1985 hasta el día 09 de noviembre de 2017, fecha en que este falleció
- 2.3. Al fallecimiento del señor Miguel Barrios (q.e.p.d), se hicieron presentes ante CASUR y en calidad de presuntas beneficiarias de la sustitución de la asignación de retiro, las señoras Amparo Lozano Moscoso- compañera permanente- y María Edilma Ocampo de Barrios –cónyuge- separada de hecho desde hace más de 33 años.
- 2.4. La Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional, con el fin de resolver sobre la sustitución de la asignación de retiro del causante, profirió la Resolución No. 650 del 22 de febrero de 2018 acto administrativo demandado, que deja en suspenso el trámite de la sustitución de la asignación de retiro que le pueda corresponder a las señoras María Edilma Ocampo de Barrios y Amparo Lozano Moscoso.

3. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

Se aducen vulnerados la Constitución Política de Colombia, artículos 6,13,42,48,53,220; Decreto 1213 de 1990, artículos 130 y 132; Decreto 4433 de

Medio de Control : Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante : Amparo Lozano Moscoso
Demandado : Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional
Expediente : 73001-33-33-003-2018-0237-00

109

2004, artículo 11, parágrafo 2, literal a); Ley 923 de 2004; Ley 100 de 1993 y demás concordantes con la ley 100 de 1993.

Se expone en síntesis, que la entidad demandada violó las normas antes citada, al tomar una decisión sin tener en cuenta que la peticionaria Amparo Lozano Moscoso compartió en forma tranquila y pacífica, mesa, lecho y techo con el causante señor Miguel Barrios de quien dependía económicamente.

4. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

4.1. CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE LA POLICÍA NACIONAL (Fol.51-59)

La entidad demandada, a través de su apoderado judicial se opone a las pretensiones de la demandada, indicando en lo relevante, que la parte demandante concurrió en sede administrativa a reclamar el reconocimiento de la asignación de retiro del causante Miguel Barrios (q.e.p.d.), aduciendo la condición de compañera permanente de este, pero como simultáneamente se presentó la señora María Edelmira Ocampo de Barrios, alegando la condición de cónyuge supérstite, la entidad debió dejar en suspenso el derecho, en aplicación a lo manifestado por la H. Corte Constitucional, en el sentido de que en casos de conflicto entre dos o más personas frente al derecho pensional, es necesario que la judicatura sea la que dirima cuál de ellas tiene el derecho.

4.2. MARÍA EDILMA OCAMPO DE BARRIOS (Fol.43-46)

Empieza por señalar su apoderado, que el acto administrativo acusado no negó el derecho a la sustitución de la asignación de retiro a la demandante, sino que lo dejó en suspenso por la reclamación que igualmente hizo la señora Ocampo de Barrios, a quien también afecta en forma negativa la decisión atacada.

Luego, advierte que no se puede desconocer que, como legítima esposa y socia conyugal, esta tiene derecho a reclamar ante CASUR la sustitución pensional por causa de muerte del señor Miguel Barrios (QEPD), condición que está plenamente probada en la solicitud realizada ante esa entidad, por lo que pide que en la sentencia se disponga el reconocimiento a su favor en la proporción legal que corresponda.

5. TRÁMITE PROCESAL

La demanda fue presentada el 31 de julio de 2018 (Fol. 1), siendo admitida a través de auto fechado 13 de agosto de 2018, disponiendo lo de ley (Fol.24). Vencido el término para contestar la demanda, mediante auto del 30 de julio de 2018, se fijó fecha para la audiencia inicial consagrada en el artículo 180 del CPACA (Fol. 70), la cual se llevó a cabo el 27 de septiembre de 2019, en ella se realizó el saneamiento del proceso, se declararon no probadas las excepciones previas que había alegado la entidad demandada, se fijó el litigio, se evacuó el trámite correspondiente a las

Medio de Control : Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante : Amparo Lozano Moscoso
Demandado : Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional
Expediente : 73001-33-33-003-2018-0237-00

posibles fórmulas de conciliación, sin que las partes llegaran a un acuerdo y se decretaron pruebas.

La audiencia de pruebas se adelantó el 20 de febrero de 2020 (Fol. 86-89), y por ser innecesaria la realización de la audiencia de alegaciones y juzgamiento, se ordenó a las partes la presentación escrita de los alegatos de conclusión, recibidos el Despacho, de la parte demandante y de la vinculada (Fol.91-106).

La actora, allegó documentos y solicitó que se le reconozca de forma exclusiva el derecho pensional, mientras que la vinculada pidió que se tuviera en cuenta la convivencia del causante con esposa y compañera, para que el derecho les sea reconocido en forma proporcional a ambas.

Adelantado el trámite de instancia y al no observarse causal alguna de nulidad, se procede a decidir de fondo la controversia, previas 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 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 3º ibidem.

2. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico a resolver consiste en determinar si las señoras Amparo Lozano Moscoso y María Edilma Ocampo de Barrios, como compañera permanente y cónyuge supérstite respectivamente, tienen derecho al reconocimiento y pago de la sustitución de la asignación de retiro del señor Miguel Barrios (q.e.p.d.) y en qué porcentaje.

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:

Medio de Control : Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante : Amparo Lozano Moscoso
Demandado : Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional
Expediente : 73001-33-33-003-2018-0237-00

110

"(...) 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 1º. 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. (...)

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

Medio de Control : Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante : Amparo Lozano Moscoso
Demandado : Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional
Expediente : 73001-33-33-003-2018-0237-00

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 superviviente 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 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

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 incompatibilidad con disposiciones especiales posteriores, o por existir una ley nueva que regula integralmente 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

Medio de Control : Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante : Amparo Lozano Moscoso
Demandado : Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional
Expediente : 73001-33-33-003-2018-0237-00

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, este 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 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 el cónyuge o compañero o compañera permanente, tienen derecho a la pensión de sobrevivientes

“a) En forma vitalicia... siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga 30 o más años de edad. En caso de que la pensión de sobrevivencia se cause por muerte del pensionado, el cónyuge o la compañera o compañero permanente superviviente, 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 con anterioridad a su muerte”.

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.

Medio de Control : Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante : Amparo Lozano Moscoso
Demandado : Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional
Expediente : 73001-33-33-003-2018-0237-00

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.

Aunque se haya citado la Ley 100, es claro que su artículo 279 excluye de su aplicación a los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, quienes tienen un régimen propio del que es propicio hacer mención al **Decreto 1212 de 1990** por el cual se reforma el Estatuto del Personal de Oficiales y Suboficiales de la Policía Nacional, vigente al momento del reconocimiento de la asignación de retiro y que 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 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”.

Medio de Control : Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante : Amparo Lozano Moscoso
Demandado : Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional
Expediente : 73001-33-33-003-2018-0237-00

112

“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”.**

Luego se 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.**

En el artículo 3ro de la mentada disposición, se estableció el orden de quienes pueden concurrir como beneficiarios de la asignación de retiro y de las pensiones de sobrevivencia y en lo relevante para esta decisión, señaló:

“(…)

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.**

Medio de Control : Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante : Amparo Lozano Moscoso
Demandado : Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional
Expediente : 73001-33-33-003-2018-0237-00

Si respecto de un titular de asignación de retiro o pensionado por invalidez hubiese un compañero o compañera permanente, con sociedad anterior conyugal no disuelta y derecho a percibir parte de la pensión de que tratan los numerales 3.7.1 y 3.7.2. del presente numeral, dicha pensión se dividirá entre ellos (as) en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido.

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

Esa disposición fue a la vez regulada por el Decreto 4433 de 2004, cuyo artículo 11 (parágrafo 2) establece lo siguiente:

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

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

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

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

Medio de Control : Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante : Amparo Lozano Moscoso
Demandado : Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional
Expediente : 73001-33-33-003-2018-0237-00

a en un porcentaje proporcional al tiempo convivido con el causante siempre y cuando haya sido superior a los últimos cinco años antes del fallecimiento del causante. La otra cuota parte le corresponderá a la cónyuge con la cual existe la sociedad conyugal vigente.” (Subrayado fuera de texto)

3.3. Reglas para el reconocimiento de la sustitución de la mesada de retiro de una persona vinculada a la fuerza pública, en los casos en que dicha sustitución es reclamada por la/el cónyuge y por la/el compañera(o) permanente

La Corte Constitucional, se ha encargado de fijar tales reglas, que ha reiterado en diversos fallos de tutela y que se pueden observar entre otros, en la sentencia T-307/17, de la siguiente manera:

- En el caso de quien está separado de hecho, conserve su vínculo matrimonial y dependa económicamente del causante, requerirá haber convivido con este durante al menos 5 años, en cualquier tiempo, para que se le reconozca el derecho a la sustitución de la asignación de retiro. (Sentencia T-856 de 2014).
- De acuerdo con la Ley 923 de 2004 (artículo 3) y el Decreto 4433 de 2004 (artículo 11, parágrafo 2), el/la cónyuge que al momento del fallecimiento del causante, mantenga vigente la sociedad conyugal, tendrá derecho a la sustitución de la asignación mensual de retiro, en proporción al tiempo de convivencia (exceptuando el evento en el que exista convivencia simultánea con el/la cónyuge y con el/la compañero/a permanente, durante los cinco años, o menos, anteriores al deceso; en tal caso se reconocerá la sustitución al cónyuge, Decreto 4433 de 2004, artículo 11, parágrafo 2, literal b), inciso 3º, primera parte).
- De otro lado, cuando haya separación de hecho, se establezca una nueva relación por más de cinco años y que se mantenga vigente hasta la fecha del deceso, la asignación de la cual disfrutaba el fallecido, será compartida entre el/la cónyuge separado(a) de hecho y el/la compañero(a) permanente que tenga esa condición para el momento de la muerte, en proporción al tiempo de convivencia (Decreto 4433 de 2004, artículo 11, parágrafo 2, literal b), inciso 3º, segunda parte).

Respecto a esta última hipótesis, el Consejo de Estado, ha señalado que el tercer inciso del literal b) contenido en el parágrafo 2.º del artículo 11 del Decreto Reglamentario 4433 de 2004, se debe entender como que también son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, de invalidez y de la sustitución de la asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública, la compañera o el compañero permanente del causante y que dicha pensión o sustitución se dividirá entre ellos(as) **en proporción al tiempo de convivencia con el difunto**⁶

⁶ Al respecto se puede consultar la sentencia del 12 de febrero de 2015, proferida en el expediente de Nulidad Simple 11001032500020100023600 (1974-10), con ponencia del Consejero de Estado Gerardo Arenas

Medio de Control : Nulidad y Restablecimiento del Derecho
 Demandante : Amparo Lozano Moscoso
 Demandado : Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional
 Expediente : 73001-33-33-003-2018-0237-00

4. DEL CASO EN CONCRETO

Los siguientes son hechos demostrados a través de las pruebas documentales:

	ENUNCIADO FÁCTICO	FOLIO
1	<p>El señor Miguel Barrios (q.e.p.d.) y la señora María Edilma Ocampo, contrajeron matrimonio católico el 16 de febrero de 1980, procreando a Francisco Javier Barrios Ocampo, nacido el 10 de marzo de 1980.</p> <p>No hay evidencia de que la sociedad conyugal haya sido disuelta. Esta última situación ni siquiera fue objeto de controversia.</p>	Registros civiles de matrimonio y de nacimiento obrantes el primero en el folio 47 y ambos en formato PDF en los folios 33 y 155 del expediente administrativo en archivo de datos denominado 2018-0237 2374451 - EXPEDIENTE - BARRIOS MIGUEL (1) visto a folio 66
2	<p>El señor Miguel Barrios (q.e.p.d.), prestó sus servicios en la Policía Nacional por un total de 24 años, 04 meses y 13 días con baja efectiva el 17 de marzo de 1991, a quien se le reconoció asignación de retiro equivalente al 85% del sueldo básico de actividad para el grado y partidas legalmente computables.</p>	Según lo extractado de la Resolución 0263 del 31 de enero de 1991, visible a folios 12-13
3	<p>El señor Miguel Barrios (q.e.p.d.) y la señora Amparo Lozano Moscoso -aquí demandante-, procrearon a Christian Barrios Lozano, nacido el 25 de noviembre de 1992.</p>	Visible en formato PDF en el folio 21 del expediente administrativo en archivo de datos denominado 2018-0237 2374451 - EXPEDIENTE - BARRIOS MIGUEL (1) visto a folio 66
4	<p>El señor Miguel Barrios (q.e.p.d.), falleció el 09 de noviembre 2017 en la ciudad de Ibagué</p>	Registro civil de defunción en formato PDF en el folio 155 del expediente administrativo del archivo denominado 2018-0237 2374451 - EXPEDIENTE

Monsalve y la sentencia del 9 de noviembre de 2017, proferida en el expediente de Nulidad Simple 110010325000201500606 00 (1727-2015) con ponencia de la Consejera de Estado Sandra Lisset Ibarra Vélez.

Medio de Control : Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante : Amparo Lozano Moscoso
Demandado : Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional
Expediente : 73001-33-33-003-2018-0237-00

114

		- BARRIOS MIGUEL (1) visto a folio 66
5	Mediante petición radicada 287098 del 06 de diciembre de 2017, la señora María Edilma Ocampo de Barrios solicitó ante la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional, el reconocimiento de la sustitución pensional, aduciendo su condición de cónyuge supérstite del causante.	Así se lee en la parte considerativa del acto administrativo demandado y visible a folio 4
6	Mediante petición radicada 287624 del 11 de diciembre de 2017, la señora Amparo Lozano Moscoso solicitó ante la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional, el reconocimiento de la sustitución pensional, aduciendo su condición de compañera permanente del causante.	Fol.5
7	A través de Resolución No. 650 del 22 de febrero de 2018, se dejó en suspenso el reconocimiento y pago de la sustitución de la asignación de retiro, al considerarse que hay falta de certeza respecto de cuál de las dos reclamantes tiene el derecho, dejando la decisión a los jueces de la República.	Fol. 4

Para resolver el problema jurídico planteado, debe mencionarse que hoy en día tanto la ley como la jurisprudencia han admitido, que en aquellos casos en que respecto de un causante, concurren un cónyuge supérstite con sociedad conyugal vigente al momento del fallecimiento del pensionado y un compañero o compañera permanente con quien este convivió cinco (5) años o más con anterioridad a su fallecimiento, la sustitución pensional debe reconocerse a ambos **en proporción al tiempo compartido con el causante**, eso sí, siendo imperativo acreditar el cumplimiento de los requisitos del inciso final del literal b) del párrafo 2º del artículo 11 del Decreto 4433 de 2004.

De conformidad con lo anterior, el despacho realizará el análisis del elemento de la convivencia con el causante:

Medio de Control : Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante : Amparo Lozano Moscoso
Demandado : Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional
Expediente : 73001-33-33-003-2018-0237-00

Frente a la señora María Edilma Ocampo de Barrios, en el expediente administrativo allegado aparece el registro civil de matrimonio, que da cuenta de las nupcias que contrajo con el causante en el año 1980 y de la conformación de la sociedad conyugal, que se encontraba vigente al momento de la muerte del señor Miguel Barrios. También se sabe que la pareja procreó un hijo que nació en 1980 y a quien nombraron Francisco Javier Barrios Ocampo.

Sin embargo, no aparece ni fue aportada prueba distinta a los mismos dichos de la señora María Edilma Ocampo de Barrios, para soportar la convivencia que alega tuvo con el causante hasta su muerte, pues solo se cuenta con el interrogatorio de parte que rindió ante este Juzgado y la reclamación administrativa que hizo, pruebas que en verdad se consideran insuficiente para acreditar que ella compartía y hacía vida marital con el causante hasta el último momento de su vida e incluso durante los últimos 5 años de esta.

Es del caso precisar que, con la reclamación administrativa, la señora María Edilma Ocampo allegó a CASUR dos declaraciones extraproceso rendidas por las señoras Myriam Montealegre de Lastra y Ana Cristina Peña de Pino y que obran en los folios 159 y 160 del expediente administrativo en formato PDF, quienes narraron que conocían a la pareja conformada por María Edilma Ocampo y el señor Miguel Barrios, que les constaba que estaban casados, con sociedad conyugal vigente y que habían procreado un hijo de nombre Francisco Javier Barrios Ocampo. Sin embargo, absolutamente nada dijeron sobre si les constaba algo referente a la convivencia de la pareja.

Respecto a la señora Amparo Lozano Moscoso, en el expediente administrativo allegado, aparece el registro civil de nacimiento que da cuenta que procreó con el señor Miguel Barrios a Christian Barrios Lozano, nacido el 25 de noviembre de 1992.

También en ese expediente, aparecen las declaraciones extra proceso de las señoras Mabel Lucía Cortés Espinosa y Ana Leyber Pérez Dimas rendidas en el mes de noviembre de 2017 y quienes narraron conocer a la pareja conformada por Amparo Lozano Moscoso y el señor Miguel Barrios, asegurando que les consta que convivieron e hicieron vida marital durante 33 años, contados a partir de 1985 y hasta el día del fallecimiento de este, además narraron que la convivencia fue exclusiva, permanente y continua. (Aparecen en formato PDF en los folios 172 a 175 del expediente administrativo del archivo denominado 2018-0237 2374451 - EXPEDIENTE - BARRIOS MIGUEL (1) visto a folio 66)

Además de estas declaraciones presentadas en la actuación administrativa, durante la audiencia de pruebas en este trámite, se escuchó la declaración de la señora María Gloria León de Carrillo, quien sobre la convivencia que tuvo la accionante con el señor Miguel Barrios, narró conocer a la pareja y constarle de su convivencia desde el año 1985 y hasta la muerte del señor Miguel Barrios, por cuanto su esposo era también policía y trabajaba en el Comando junto con aquel,

115

Medio de Control : Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante : Amparo Lozano Moscoso
Demandado : Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional
Expediente : 73001-33-33-003-2018-0237-00

indicando que eran vecinos, constándole que la pareja siempre vivió en el barrio Santander (ahora barrio Efraín Santamaría) del municipio de Rovira, a media cuadra de su casa, que tuvieron un hijo y que el causante siempre respondió por el hogar (Minuto 28:01 a 38:45):

Del expediente administrativo también se destaca, que en petición que hiciera en el año 2004 el señor Miguel Barrios para que le fuera reliquidada su asignación de retiro, reportó como dirección de notificaciones la misma que se señala en la demanda como la que corresponde a la demandante, esto es: calle 3ª #6-79 Rovira, por lo que cobra fuerza la afirmación de la convivencia de la demandante con el causante por más de 5 años.

Ahora bien, en punto de determinar en qué período exacto convivió con la señora María Edilma Ocampo de Barrios y a partir de qué momento con la señora Amparo Lozano Moscoso, o incluso establecer si hubo convivencia simultánea con las dos, la prueba no es suficiente para entrar a definir con detalle tales momentos.

Sin embargo, el Juzgado valiéndose del análisis crítico de las pruebas, encuentra que lo más probable es que la convivencia con la primera de las mencionadas se hubiera dado desde la fecha en que se contrajeron nupcias en 1980 y hasta el año 1985; mientras que con la demandante, de acuerdo con la prueba testimonial, la convivencia inició a partir de ese año y permaneció así hasta la fecha del deceso en el año 2017, lo que se tendrá en cuenta para determinar el porcentaje de asignación que habrá de corresponder a cada una de ellas.

Así las cosas, fueron 5 años de convivencia con la señora María Edilma Ocampo de Barrios entre 1980 y 1985 y 23 años de convivencia con la demandante señora Amparo Lozano Moscoso entre 1985 y 2017, por lo que a la demandante le corresponde el 82% de lo que está en disputa, mientras que a la vinculada en condición de cónyuge supérstite, se le deberá reconocer el 18% restante, debiendo declararse la nulidad del acto acusado y el correlativo restablecimiento del derecho a favor de estas.

En cuanto a la prescripción, se advierte que tanto la demandante como la vinculada, hicieron la reclamación administrativa dentro del mes siguiente al fallecimiento del causante y que la demanda se presentó dentro del año que le siguió, por lo cual ninguna mesada ha prescrito.

Frente a la actualización de la condena, se ordenará que el valor adeudado sea 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

Medio de Control : Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante : Amparo Lozano Moscoso
Demandado : Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional
Expediente : 73001-33-33-003-2018-0237-00

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.

Por último y en lo que respecta a la pretensión encaminada al reconocimiento de perjuicios morales a favor de la demandante, se recuerda que tal concepto que corresponde a la *"afectación sufrida de bienes no patrimoniales que causa a una persona un acto contrario a derecho. Con su reconocimiento se busca compensar el dolor antijurídico, el impacto sentimental, que sufrió una persona como consecuencia del proceder del Estado"*⁷, solo es posible reconocerlo, en la medida que se acredite en el proceso su causación.

Para el caso concreto, no se allegó ningún elemento de prueba de su causación y en todo caso considera el Juzgado que la espera de la definición judicial que resultó obligada por el reclamo simultaneo que de la asignación de retiro se hizo por parte de la compañera permanente y la cónyuge supérstite, a más de generarle a la accionante la angustia normal que pudiera sufrir cualquier persona por los problemas que debe afrontar cotidianamente, no comporta per se una situación excepcional o trastorno emocional significativo que amerite ser indemnizada, razón por la cual ha de denegarse esta pretensión.

6. COSTAS

Respecto a la condena en costas, el Juzgado se abstendrá de imponerla, habida consideración que la decisión de CASUR aquí cuestionada, se tomó como una consecuencia necesaria ante la reclamación que hicieron de forma simultanea la demandante y la vinculada y la necesidad de que fuera la judicatura la que definiera a favor de quién debía reconocerse el derecho a la sustitución de la asignación de retiro, por lo que mal haría el Despacho en condenar en costas a la entidad accionada.

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,

⁷ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección "B", sentencia del 12 de marzo de 2009, Radicación número: 44001-23-31-000-2003-00499-01(7150-05), Actor: Samuel Santander Lanao Robles, C.P.: Víctor Hernando Alvarado Ardila.

Medio de Control : Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante : Amparo Lozano Moscoso
Demandado : Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional
Expediente : 73001-33-33-003-2018-0237-00

116

RESUELVE

PRIMERO: DECLARAR LA NULIDAD del acto administrativo contenido en la **Resolución No. 650 del 22 de febrero de 2018** expedida por la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional, en cuanto dejó en suspenso el pago de la sustitución de la asignación de retiro, como consecuencia del fallecimiento del señor Miguel Barrios (q.e.p.d.).

SEGUNDO: A título de restablecimiento del derecho, **CONDENAR** a la **CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE LA POLICÍA NACIONAL**, a reconocer y pagar con efectos fiscales a partir del **9 de noviembre de 2017**, la sustitución de la pensión post mortem en proporción al tiempo de convivencia, en cuantía del 82% para la señora Amparo Lozano Moscoso, como compañera permanente y el 18% restante para la señora María Edilma Ocampo de Barrios, como cónyuge supérstite, en los términos establecidos en el inciso final del literal b) del párrafo 2º del artículo 11 del Decreto 4433 de 2004.

TERCERO: Las sumas causadas a favor de las señoras Amparo Lozano Moscoso y María Edilma Ocampo de Barrios, deberán actualizarse de conformidad con lo establecido en el artículo 187 CPACA.; igualmente, los intereses serán reconocidos en la forma prevista en el artículo 192 del mismo estatuto

CUARTO: 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.

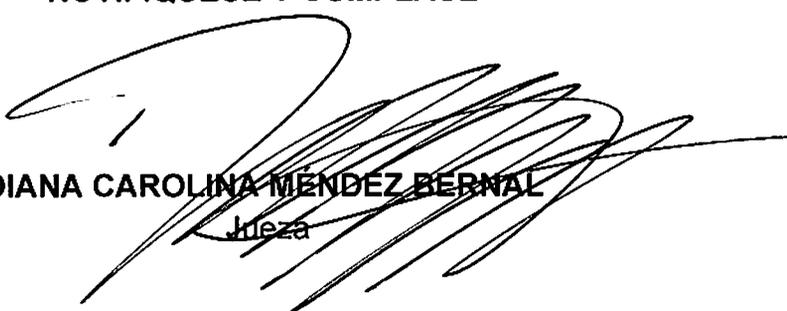
QUINTO: De igual manera, la entidad demandada deberá efectuar los descuentos legales en materia de salud y demás que sean procedentes, y destinados al Sistema de Seguridad Social.

SEXTO: Denegar las demás pretensiones de la demanda.

SÉPTIMO: Sin costas

OCTAVO: Ejecutoriada ésta providencia, se ordena el archivo definitivo del expediente, previas constancias de rigor y anotaciones en el Sistema Informático Justicia Siglo XXI, así como la comunicación a la entidad demandada para su ejecución y cumplimiento.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


DIANA CAROLINA MÉNDEZ BERNAL

Jueza