



Rama Judicial

República de Colombia

JUZGADO TERCERO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO

Ibagué-Tolima, veintiséis (26) de febrero de dos mil veintiuno (2021)

Medio de Control: Nulidad Y Restablecimiento del Derecho
Demandante: María Dora Jiménez de Tovar
Demandado: Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional
Vinculada: Luz Angela Salcedo Castro
Radicación: 73001-33-33-003-**2018-00106-00**

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 María Dora Jiménez de Tovar, contra la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional, trámite al que fue vinculada oficiosamente la señora Luz Angela Salcedo Castro.

I. ANTECEDENTES

1. PRETENSIONES (Fol. 36-37¹)

- 1.1.** Que se declare la nulidad del acto administrativo Resolución No. 3484 del 14 de junio de 2017, proferida por el Director General de la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional, mediante la cual se negó el reconocimiento y pago de la pensión de beneficiarios a la señora María Dora Jiménez de Tovar, en calidad de esposa del Cabo Primero (r) José Olmeduar Tovar Cuellar (q.e.p.d)
- 1.2.** Que se declare la nulidad del acto administrativo Resolución No. 5134 del 6 de septiembre de 2017, proferida por el Director General de la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional, mediante la cual se resolvió el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución No. 3484 del 14 de junio de 2017 y se confirmó la negativa del reconocimiento y pago de la pensión de beneficiarios a favor de la señora María Dora Jiménez de Tovar.
- 1.3.** Que, a título de restablecimiento del derecho, se condene a la demandada a reconocer y pagar la pensión de beneficiarios a partir del 11 de diciembre de 2016, fecha del fallecimiento del policial, a favor de la señora María Dora Jiménez de Tovar en calidad de cónyuge del señor José Olmeduar Tovar Cuellar (q.e.p.d)

¹ Páginas 51-52 Archivo digital

- 1.4. Condenar a la demandada a pagar en forma actualizada la correspondiente indexación de las sumas adeudadas, de acuerdo con la variación de los índices de precios al consumidor certificados por el DANE, desde el momento en que el derecho se hizo exigible, es decir desde el 11 de diciembre de 2016 y hasta que se haga efectivo su pago, conforme lo dispone los artículos 187 inciso 4 y 192 inciso 3 de la Ley 1437 de 2011.
- 1.5. Condenar a la entidad al pago de intereses comerciales conforme lo señala el artículo 192 del C.P.A.C.A.
- 1.6. Condenar a la demandada en costas.

2. HECHOS RELEVANTES (Fol.38-39)

- 2.1. Los señores José Olmeduar Tovar Cuellar y María Dora Jiménez de Tovar, contrajeron matrimonio católico el día 26 de junio de 1965, unión en la cual procrearon 7 hijos, en la actualidad todos mayores de edad.
- 2.2. La pareja siempre mantuvo una relación de marido y mujer desde la fecha de su matrimonio hasta la muerte del señor Tovar Cuellar, sin que existiera divorcio ni liquidación de la sociedad conyugal hasta el día del fallecimiento del causante.
- 2.3. El Cabo Primero (r) de la Policía Nacional José Olmeduar Tovar Cuellar, devengaba asignación de retiro de la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional, tiempo durante el cual, siempre mantuvo registrada como beneficiaria del servicio médico del sistema de salud de la Policía Nacional, a la señora María Dora Jiménez de Tovar.
- 2.4. Que durante las ausencias del señor Tovar Cuellar del hogar, las cuales eran a veces de largos periodos, este le giraba dinero a la ahora demandante, pues ella nunca laboró en ninguna empresa del sector público o privado, sino que se dedicó a las labores del hogar y la crianza de sus siete hijos.
- 2.5. Que mediante Resolución No. 3438 del 14 de junio de 2017, la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional negó el derecho a la pensión de beneficiarios a la señora María Dora Jiménez de Tovar en su condición de esposa del causante y en su lugar se la reconoció a la señora Luz Angela Salcedo Castro, como compañera permanente, decisión que fue objeto de recurso de reposición el día 24 de julio de 2017.
- 2.6. Que mediante Resolución No. 5134 del 6 de septiembre de 2017, la entidad confirmó la resolución recurrida.

3. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

Se aducen vulnerados la Constitución Política de Colombia, artículos 13 y 42; el Decreto 1212 de 1990, artículos 173 y la Ley 447 de 1998, artículo 9.

Se expone en síntesis, que la entidad demandada violó las normas antes citadas, al tomar una decisión sin tener en cuenta que la peticionaria María Dora Jiménez de Tovar dependía económicamente del causante, estaba afiliada al sistema de seguridad social en salud como beneficiaria de este; que pese a que existía una separación, esta no fue por culpa de la ahora demandante sino del señor José Olmeduar Tovar Cuellar, lo que se traduce en el que la señora es la cónyuge inocente, por tanto la entidad hizo una interpretación errónea de las normas que regulan la materia, y por tanto la accionante tiene derecho al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes.

4. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

4.1. CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE LA POLICÍA NACIONAL

Guardó silencio, conforme la constancia secretarial obrante a folio 103 del expediente.

4.2. LUZ ANGELA SALCEDO CASTRO (Fol.99-101)

A través de curador ad litem, la tercera con interés se opone a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, indicando que para acceder a la sustitución de asignación de retiro debe acreditarse la calidad de beneficiario del causante.

Formula las excepciones de mérito que denominó inexistencia del derecho de la demandante y falta de vicio en el acto administrativo demandado.

5. TRÁMITE PROCESAL

La demanda fue presentada el 6 de febrero de 2018 (Fol. 1), siendo admitida a través de auto fechado 21 de mayo de 2018, en el que además se dispuso vincular como tercero con interés a la señora Luz Angela Salcedo Castro (Fol.57). Vencido el término para contestar la demanda, mediante auto del 10 de diciembre de 2019 se fijó fecha para la audiencia inicial consagrada en el artículo 180 del CPACA (Fol. 70), la cual se llevó a cabo el 6 de febrero de 2020, en la que se adoptó una medida de saneamiento con relación a la notificación de la tercera con interés (fl.116-117), reanudándose la audiencia el día 7 de octubre de 2020, fijándose el litigio, se evacuó el trámite correspondiente a las posibles fórmulas de conciliación, sin que las partes llegaran a un acuerdo y se decretaron pruebas. (A5. 2018-00106 ACTA AUDIENCIA INICIAL.pdf)

La audiencia de pruebas se adelantó el 27 de enero de 2021 (A8. 2018-00106 ACTA AUDIENCIA DE PRUEBAS.pdf), 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 (A9. 2018-00106 ALEGATOS PARTE DEMANDANTE.pdf) y de la demandada (B1. 2018-00106 ALEGATOS DE CASUR.pdf).

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 ibídem.

2. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico a resolver consiste en determinar si las señoras María Dora Jiménez de Tovar y Luz Angela Salcedo Castro, como cónyuge supérstite y compañera permanente, respectivamente, tienen derecho al reconocimiento y pago de la sustitución de la asignación de retiro del señor Luz Olmeduar Tovar Cuellar (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:

“(...) 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 1973² 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 1993³, que integró los conceptos de sustitución pensional (entendida como aquella en la que el fallecido ya gozaba de

² Por el cual se transforman en vitalicia las pensiones de las viudas.

³ 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 3º de la ley 153 de 1887, se entiende que esa regulación sistemática posterior de un tema deroga tácitamente las normas

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 definida⁴ como en el de ahorro individual⁵, señalando **en su texto original**⁶ 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 párrafos 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

precedentes sobre la materia, salvo que las normas previas establezcan regímenes especiales. Así, el artículo 3º 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 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 normativo³, tesis que ha sido plenamente aceptada por esta Corte Constitucional³.

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 Corte³. 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.”.

⁴ Artículos 49 a 49 de la ley 100 de 1993

⁵ Artículos 73 a 78 de la ley 100 de 1993

⁶ 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 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 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 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.

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”.

“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.

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 párrafo, dicha pensión se dividirá entre ellos (as) en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido.

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

3.2. 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, párrafo 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, párrafo 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, párrafo 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 párrafo 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**⁷

Sobre el reconocimiento de la sustitución pensional y de la pensión de sobrevivientes a favor de quien se ha separado legalmente, el Honorable Consejo de Estado se pronunció en sentencia veintiocho (28) de octubre de dos mil dieciséis (2016) dentro del proceso con Radicado No. 250002342000201401905 01, con ponencia de la Consejera Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez, en los siguientes términos:

“(…)

Así pues, atendiendo las anteriores consideraciones, la Sala señalará la modalidad de la pensión de sobrevivientes que se otorga al beneficiario en caso de que se cumplan con las condiciones establecidas para ello:

Beneficiario	Modalidad de la pensión	Condiciones
<i>Cónyuge o Compañero permanente mayor de 30 años de edad.</i>	<i>Vitalicia</i>	<i>Edad cumplida al momento del fallecimiento y demuestre vida marital durante los 5 años anteriores a la muerte.</i>
<i>Compañero permanente</i>	<i>Cuota parte</i>	<i>Sociedad anterior conyugal no disuelta y derecho a percibir</i>
<i>Cónyuge y Compañero permanente</i>	<i>Partes iguales</i>	<i>Convivencia simultánea durante los 5 años anteriores a la muerte.</i>
<i>Cónyuge con separación de hecho y Compañero permanente</i>	<i>Partes iguales</i>	<i>Inexistencia de convivencia simultánea, acreditación por parte del cónyuge de la separación de hecho, compañero permanente con convivencia durante los 5 años anteriores a la muerte.</i>
<i>Cónyuge o Compañero permanente menor de 30 años de edad.</i>	<i>Temporal -20 años</i>	<i>No haber procreado hijos con el causante.</i>
<i>Cónyuge o Compañero permanente menor de 30 años de edad.</i>	<i>Vitalicia</i>	<i>Haber procreado hijos con el causante y demuestre vida marital durante los 5 años anteriores a la muerte.</i>

(…)

Al respecto la Corte Constitucional en sentencia C-336 de 2014, sobre la cual se realizó un estudio previamente, al declarar exequible la expresión “la otra cuota parte le corresponderá a la cónyuge con la cual existe la sociedad conyugal vigente” contenida en el inciso final del literal b) del artículo 13 de Ley 797 de 2003

⁷ 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 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.

dispuso que la separación de hecho suspende los efectos de la convivencia y apoyo mutuo, más no los de la sociedad patrimonial conformada entre los cónyuges, además dispuso que:

“(...) 1.4. El Legislador dentro del marco de su competencia, en desarrollo del derecho a la seguridad social en pensiones, puede regular lo referente a los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes. En ese orden de ideas, en el caso de la convivencia no simultánea entre el cónyuge con separación de hecho y con sociedad conyugal vigente y el último compañero permanente, ponderó los criterios de la sociedad patrimonial existente entre los consortes y la convivencia efectiva consolida con antelación al inicio de la unión marital de hecho, mediante la asignación de una cuota parte de la pensión.

1.5. Al analizar el aparte acusado a la luz de los presupuestos del juicio de igualdad, se pudo constatar que los sujetos en comparación -cónyuge con separación de hecho y con sociedad conyugal vigente y el último compañero permanente- pertenecen a grupos diferentes y por ello la norma demandada no otorga un trato diferente a quien es diferente, en tanto que ambas figuras no son necesariamente equiparables. (...)”.

(...)

Sin embargo, el cónyuge supérstite sí puede tener derecho al reconocimiento de la mencionada prestación, si demuestra el apoyo mutuo, la convivencia efectiva, la comprensión y la vida en común durante los últimos 5 años a la muerte del pensionado o afiliado, o en su defecto, que pruebe que la sociedad conyugal que conformó producto del matrimonio, no ha perdido los efectos patrimoniales, circunstancias que no se lograron demostrar en el sublite; (...)”

4. DEL CASO EN CONCRETO

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

	ENUNCIADO FÁCTICO	FOLIO
1	<p>El señor José Olmeduar Tovar Cuellar (q.e.p.d.) y la señora María Dora Jiménez de Tovar contrajeron matrimonio católico el 26 de junio de 1965, procreando a Martha, Kelly, William, Herminia, Edwin, Yilson y Miguel Tovar Jiménez.</p> <p>No hay evidencia de que, en vida del causante, la sociedad conyugal haya sido disuelta y menos liquidada. Esta última situación ni siquiera fue objeto de controversia.</p>	<p>Registros civiles de matrimonio y nacimiento, obrantes el primero en el folio 17 cuaderno principal y los segundos a folios 18 a 23 y en formato PDF en los folios 7 a 14, 29 y 37 del expediente administrativo en archivo de datos denominado A6.1 CASUR EXPEDIENTE JOSE OLMEDUAR TOVAR.</p>

2	El señor José Olmeduar Tovar Cuellar (q.e.p.d.) prestó sus servicios en la Policía Nacional por un total de 20 años, 09 meses y 14 días, siendo su ultimo grado el de Cabo Primero, con baja efectiva el 15 de enero de 1977, a quien se le reconoció asignación de retiro equivalente al 70% del sueldo básico de actividad para el grado y partidas legalmente computables.	Según lo extractado de la Resolución 0286 del 2 de febrero de 1977, visible a folios 18-22 del expediente administrativo en archivo de datos denominado A6.1 CASUR EXPEDIENTE JOSE OLMEDUAR TOVAR.
3	El señor José Olmeduar Tovar Cuellar (q.e.p.d.), falleció el 11 de diciembre de 2016 en la ciudad de Cali, Valle del Cauca	Registro civil de defunción visible a folio 15 del plenario
5	Mediante petición radicada el 27 de diciembre de 2016, la señora María Dora Jiménez de Tovar 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.	Folio 172 del expediente administrativo en archivo de datos denominado A6.1 CASUR EXPEDIENTE JOSE OLMEDUAR TOVAR.
6	Mediante petición radicada 30 de diciembre de 2016, la señora Luz Angela Salcedo Castro 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.	Folio 173 del expediente administrativo en archivo de datos denominado A6.1 CASUR EXPEDIENTE JOSE OLMEDUAR TOVAR.
7	A través de Resolución No. 3484 del 14 de junio de 2017, se efectuó el reconocimiento y pago de la sustitución de la asignación de retiro a favor de Luz Angela Salcedo Castro y se denegó el derecho a la señora María Dora Jiménez de Tovar, decisión que fue objeto de recurso de reposición, el cual fue desatado a través de la Resolución 5134 de 6 de septiembre de 2017, confirmando la decisión recurrida.	Fol. 3 a13

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 parágrafo 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:

Frente a la señora María Dora Jiménez de Tovar, 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 1965** y de la conformación de la sociedad conyugal, que se encontraba vigente al momento de la muerte del señor José Olmeduar Tovar Cuellar. También se sabe que la pareja procreó siete (7) hijos entre los años 1964 a 1981 y a quienes nombraron Kelly, Martha, William, Herminia, Edwin, Yilson y Miguel Jiménez Tovar.

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 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, en el expediente fueron practicados los testimonios de los señores María de Jesús Gerena de Mojica, Eduardo Pinilla Rojas y Luz Adriana Montoya, quienes afirmaron conocer a la pareja conformada por los señores María Dora Jiménez de Tovar y José Olmeduar Tovar Cuellar, aproximadamente desde el año 1985 cuando llegaron a vivir a la ciudad de Arauca, Departamento de Arauca. Sin embargo, absolutamente nada dijeron sobre si les constaba algo referente a la convivencia de la pareja, solo manifestaron que el señor se fue un día, pero sin señalar año exacto y que luego el mismo falleció, pero desconocían en lugar del deceso o la fecha exacta.

Respecto a la señora Luz Angela Salcedo Castro, en el expediente administrativo allegado por la entidad⁸, aparece la reclamación administrativa (fls. 178-efectuado para el reconocimiento de la sustitución de la asignación de retiro, en la que aportó una serie de declaraciones extrajuicio, también la historia clínica y copia de la Escritura Pública No. 1880 del 6 de agosto de 2014, mediante la cual se realizó la declaración de existencia de unión marital de hecho entre compañeros permanentes, entre los señores José Olmeduar Tovar Cuellar y Luz Angela Salcedo Castro, en la cual se dejó consignado que dicha unión comenzó el día 31 de octubre de 2000 (fls. 185-188)

También en ese expediente, se encuentra declaración juramentada suscrita por el señor José Olmeduar Tovar Cuellar (q.e.d.p) y radicada ante la entidad accionada el día 29 de enero de 2015, en la que manifiesta que su compañera permanente es la señora Luz Angela Salcedo Castro desde hacía 15 años, es decir desde el año

⁸ Archivo digital A6.1 CASUR EXPEDIENTE JOSE OLMEDUAR TOVAR.pdf

2000, que se encontraba separado de su cónyuge y madre de sus hijos desde hacía 20 años y aportó la misma escritura pública a la que se hizo referencia de forma precedente (fl. 112-124).

De lo anterior, puede establecer el Despacho que la relación entre José Olmeduar Tovar Castro y María Dora Jiménez de Tovar duró desde el 26 de junio de 1965 hasta el año 1995; mientras que con la señora Luz Angela Salcedo Castro, de acuerdo con la prueba documental arrimada, la convivencia inició a partir del 31 de octubre de 2000 y permaneció así hasta la fecha del deceso del causante 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 30 años de convivencia con la demandante señora María Dora Jiménez de Tovar entre 1965 y 1995; y 17 años de convivencia con la señora Luz Angela Salcedo Castro entre 2000 y 2017, por lo que a la demandante en calidad de cónyuge supérstite le corresponde el 64% de lo que está en disputa, mientras que a la vinculada en condición de compañera permanente, se le deberá reconocer el 36% restante, debiendo declararse la nulidad del acto acusado y el correlativo restablecimiento del derecho a favor de estas.

La entidad deberá hacer la respectiva redistribución de la asignación de retiro, advirtiendo que no podrá realizar recobros a la beneficiaria que ha disfrutado de la asignación, señora Luz Angela Salcedo Castro, teniendo en cuenta que la misma es beneficiaria 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.

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 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

Respecto de la condena en costas, el Juzgado se abstendrá de imponerla, habida consideración que han prosperado, pero de forma parcial las pretensiones de la demanda, pues la sustitución pensional aquí solicitada no se ha concedido en su totalidad a la accionante, sino que un porcentaje le corresponde a quien inicialmente era beneficiaria de la totalidad de la prestación.

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 de los actos administrativos contenidos en las **Resoluciones No. 3484 del 14 de junio de 2017 y 5134 del 6 de septiembre de 2017** expedidas por la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional, en cuanto denegaron la sustitución de la asignación de retiro a favor de la señora María Dora Jiménez de Tovar, como consecuencia del fallecimiento del señor José Olmeduar Tovar Cuellar (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 **12 de diciembre de 2016**, la sustitución de la asignación de retiro en proporción al tiempo de convivencia, **en cuantía del 64% para la señora María Dora Jiménez de Tovar**, como cónyuge supérstite y **el 36% restante para la señora Luz Angela Salcedo Castro**, como compañera permanente, en los términos establecidos en el inciso final del literal b) del parágrafo 2º del artículo 11 del Decreto 4433 de 2004.

Para ello, la entidad deberá hacer la respectiva redistribución de la asignación de retiro a partir del 12 de diciembre de 2016.

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

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 la beneficiaria que han disfrutado de la asignación, señora Luz Angela Salcedo Castro, teniendo en cuenta que la misma es beneficiaria 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: Sin costas

SÉPTIMO: 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

Firmado Por:

**DIANA CAROLINA MENDEZ BERNAL
JUEZ CIRCUITO
JUZGADO 3 ADMINISTRATIVO ORAL IBAGUE**

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

Código de verificación:

adc22a6e96e9feeb238b40a0720000363bcaa98ab28e2a95deddc5293c1e28b0

Documento generado en 26/02/2021 09:49:16 AM

**Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**