



Rama Judicial del Poder Publico
Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo del
Atlántico
JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE BARRANQUILLA

Barranquilla, veintinueve (29) de agosto de dos mil diecinueve (2019)

Radicado	08001-3333-006-2018-00486-00
Medio de control o Acción	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante	MARLENE GONZÁLEZ DE TREJOS
Demandado	Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional
Juez (a)	LILIA YANETH ÁLVAREZ QUIROZ

I. ANTECEDENTES

La señora Marlene González de Trejos, instauró demanda en ejercicio del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, en contra de la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional, el día 14 de diciembre de 2018, en contra de la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional –CASUR-, pretendiendo la nulidad de la Resolución No. 1047 del 07 de marzo de 2018, por medio de la cual le fue negada la sustitución de la asignación de retiro causada por el AG ® Marco Fidel Trejos Hincapie, al igual que la nulidad de la Resolución No. 3032 del 22 de mayo de 2018, que desató el recurso de reposición y confirmó la negativa en el reconocimiento de la prestación, solicitando igualmente, la medida cautelar de suspensión provisional del acto acusado.

Por estimar reunidos los requisitos del artículo 162 CPACA y conforme al artículo 171 ibídem, este Despacho Judicial en auto de 19 de marzo de 2019 dispuso admitir la demanda y ordenar la notificación personal a la parte demandada, así como correr traslado de la medida cautelar, junto con el auto admisorio, por el término de cinco (05) días, conforme al artículo 233 CPACA.

La notificación personal del auto admisorio de la demanda y del auto que corrió traslado de la medida cautelar, ambos adiados 19 de marzo de 2019, se surtió debidamente el día 14 de mayo de 2019 conforme a lo señalado en el artículo 199 CPACA y 612 del CGP.

La Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional, a través de apoderada judicial, recorrió el traslado de la medida cautelar mediante escrito de 17 de mayo de 2019, esto es, dentro del término de traslado otorgado.

II. SOLICITUD DE SUSPENSIÓN PROVISIONAL

La parte actora junto con la demanda, presentó solicitud de suspensión provisional de las resoluciones No. 1047 del 07 de marzo de 2018 y No. 3032 del 22 de mayo de 2018, por considerar en síntesis que, el artículo 3° de la Ley 923 de 2004 señala los requisitos mínimos para el reconocimiento de la asignación de retiro, el derecho pensional de sobreviviente, de invalidez y sus sustituciones de los miembros de la Policía Nacional.

Dice que, el mencionado artículo establece que el reconocimiento de la sustitución pensional y pensión de sobreviviente se hará conforme a los miembros del grupo familiar y al parentesco con el titular del derecho y que será reconocida en forma vitalicia al cónyuge, compañero o compañera permanente, quien 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.

Manifiesta que, conforme al artículo 11 del Decreto 4433 de 2004 se infiere que en caso de controversia entre el cónyuge y el compañero (a) permanente, se debe determinar: (i) si hubo una vida marital y si esta perduró durante los 5 años anteriores al fallecimiento del pensionado, (ii) si existe sociedad conyugal y si la misma se encuentra o no disuelta, (iii) si hubo o no separación de hecho y (iv) el tiempo de convivencia y (v) si esta fue simultánea o sucesiva durante los 5 años anteriores a la muerte.

Igualmente, arguye la parte actora que el requisito de convivencia debe acreditarse la vocación de estabilidad y permanencia, por lo tanto, no se tienen en cuenta aquellas relaciones casuales, circunstanciales, incidentales, ocasionales, esporádicas o accidentales que haya podido tener en vida el fallecido pensionado; así mismo, frente a la separación de hecho, esta hace referencia a aquella separación de cuerpos o suspensión de la vida en común entre los cónyuges, la cual no fue declarada judicialmente.

Plantea que en el caso concreto, la demandante tiene derecho a percibir a la sustitución de la asignación de retiro del señor Marco Fidel Trejos Hincapié, por tener sociedad conyugal anterior no disuelta por lo que debe aplicarse el artículo 11 del Decreto 4433 de 22004, siendo improcedente declarar la pérdida de la condición de beneficiario de la sustitución pensional al cónyuge que lleve 5 o más años de separación de hecho del artículo 12 de ese cuerpo normativo por resultar contraria a las reglas de reconocimiento de la sustitución pensional.

Afirma que, pese a que la cónyuge tenía más de 5 años de separación de hecho, no perdió su condición de beneficiaria de la sustitución pensional, dado que no fue disuelta la sociedad conyugal, es decir, existió un vínculo jurídico que solo fue disuelto con la muerte del señor Marco Fidel Trejos Hincapié, a tal punto que la señora Marlene González De Trejos recibía una cuota alimentaria del citado señor hasta la fecha de su fallecimiento, es decir, dependía económicamente de su cónyuge.

En ese sentido, solicita al Despacho la suspensión provisional de los actos administrativos censurados, por cuanto la señora Marlene Hincapié De Trejos, tiene 75 años de edad, por lo que pertenece a la población de adultos mayores, y desde que su consorte falleció ha quedado desprotegida, toda vez, que no tiene sustento económico para su subsistencia viéndose inmersos derechos fundamentales como la salud, la vida digna y el mínimo vital, entre otros.

Lo anterior, con fundamento en el contenido del artículo 20 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, y el derecho a la subsistencia, que, aunque la Constitución Política no consagra un derecho a la subsistencia éste puede deducirse de los derechos a la vida, a la salud, al trabajo y a la asistencia o a la seguridad social. La persona requiere de un mínimo de elementos materiales para subsistir. La consagración de derechos fundamentales en la Constitución busca garantizar las condiciones económicas y espirituales necesarias para la dignificación de la persona humana y el libre desarrollo de su personalidad.

III.- TRASLADO DE LA MEDIDA CAUTELAR

Por auto de 19 de marzo de 2019, se dispuso correr traslado a la parte demandada de la medida cautelar, junto con el auto admisorio, por el término de cinco (05) días, conforme al artículo 233 CPACA, diligencia surtida el día 14 de mayo de 2019, término que se encuentra vencido y que fue aprovechado por la entidad accionada.

1.- CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE LA POLICÍA NACIONAL

La Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional, mediante apoderada, recorrió el traslado de la medida cautelar a través de escrito fechado 17 de mayo de 2019, aduciendo en síntesis que, se opone a la prosperidad de la medida de suspensión provisional de las resoluciones No. 1047 del 07 de marzo de 2018 y No. 3032 del 22 de mayo de 2018, dado que esa entidad negó el reconocimiento de la sustitución de la asignación de retiro causado por el señor Marco Fidel Trejos Hincapié, por cuanto esa prestación fue igualmente pedida por la señora Dilfa del Rosario González Calderin en calidad de compañera permanente, por lo que decidió dejar en suspenso el trámite del reconocimiento y pago de la sustitución de asignación mensual de retiro, por considerar que mal haría en reconocer parcialmente un derecho sobre el que existe duda si también le corresponde a un tercero.

Colige el ente demandado que, la razón por la cual fue negado el reconocimiento de la sustitución a la demandante se debió a la declaración extra proceso de fecha 09 de octubre de 2017, rendida por la actora en que manifestó que convivió con el señor Marco Fidel Trejos Hincapié desde el año 1984 hasta que finalizaron vida marital a finales del año 2006.

Aduce que, si bien dentro del expediente prestacional del causante, no reposa prueba sumaria de disolución de sociedad conyugal ni de cesación de efectos civiles de matrimonio católico, entre el finado y la señora Marlene González De Trejos, también es cierto que sí existe prueba que la demandante y el extinto Marco Fidel Trejos, no convivió bajo el mismo techo y lecho con apoyo mutuo en los últimos 5 años antes del fallecimiento, para lo cual no está probada la dependencia económica de la demandante.

Expone que, el reconocimiento de la sustitución de asignación de retiro está regulado por los Decreto 121 y 1213 de 1990, Ley 923 de 2004 y Decreto 4433 de 2004, por lo que está sujeto al factor entendido como la situación afectiva y convivencia real con el afiliado fallecido, el compromiso de apoyo y comprensión mutua, convivencia real y efectiva e ininterrumpida.

Sostiene el ente demandado que, el proceder de la entidad se ve supeditada a negar el reconocimiento de la prestación reclamada o a realizar el reconocimiento teniendo en cuenta una decisión judicial, asunto que deberá promover la parte interesada, así cuando la situación sea disipada en sede judicial la Caja podrá proceder con aval de una autoridad competente.

IV.- CONSIDERACIONES

El artículo 229 del CPACA consagra la procedencia de medidas cautelares en los siguientes términos:

"Artículo 229. Procedencia de medidas cautelares. En todos los procesos declarativos que se adelanten antes esta jurisdicción, antes de ser notificado el auto admisorio de la demanda o en cualquier estado del proceso, a petición de parte debidamente sustentada, podrá el juez o magistrado ponente decretar, en providencia motivada, las medidas cautelares que considere necesarias para proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia, de acuerdo con lo regulado en el presente capítulo.

***La decisión sobre la medida cautelar no implica prejuzgamiento.**
(...)"* Negrillas y Subrayas del Despacho.

Por su parte, el artículo 231 del CPACA., en relación con los requisitos para decretar la suspensión provisional de actos administrativos de los cuales se pretenda su nulidad, señala lo siguiente:

"Artículo 231. Requisitos para decretar las medidas cautelares. Cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo la suspensión provisional de sus efectos procederá por violación de las disposiciones invocadas en la demanda o en la solicitud que se realice en escrito separado, cuando tal violación surja del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud. Cuando adicionalmente se pretenda el restablecimiento del derecho y la indemnización de perjuicios deberá probarse al menos sumariamente la existencia de los mismos.

(...)"

De la norma transcrita se desprende que, para la procedencia de dicha medida cautelar se deben cumplir los siguientes requisitos:

- 1°. Que sea solicitada por el demandante en la demanda o en solicitud que se realice en escrito separado, debidamente sustentada;
- 2°. Que exista una violación de las disposiciones invocadas, que surja del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud;
- 3° Si se trata de un medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho debe probarse, de manera sumaria los perjuicios que se alegan como causados por los actores;

Ahora bien, cabe resaltar que si bien la nueva normatividad contempla la figura de la suspensión provisional, presenta una variación significativa en su regulación. Al respecto, el Consejo de estado en auto de 30 de junio de 2016, estableció lo siguiente:

"El artículo 152.2 del CCA (Decreto 01 de 1984) exigía como condición inexorable para que procediera la medida de suspensión provisional, una "manifiesta infracción -del acto acusado con- una de las disposiciones invocadas como fundamento".

Como lo destacó esta Corporación en un pronunciamiento anterior proferido en el marco de la nueva normatividad establecida en el CPACA (Ley 1437 de 2011), para la suspensión provisional se prescindió de la "manifiesta infracción" hasta allí vigente y se interpretó que, "la nueva normativa presenta una variación significativa en la regulación de esta figura, por cuanto la norma obliga al juez administrativo a realizar el análisis entre el acto y las normas invocadas como transgredidas y a estudiar las pruebas allegadas con la solicitud"¹. Esta es una reforma sustancial, si se tiene en cuenta que ello habilita al juez a realizar un estudio no simplemente superficial de la solicitud de la medida sino que incluye la apreciación de las pruebas aportadas al efecto. Todo esto, lógicamente, sin incurrir en una valoración de fondo más propia de la fase de juzgamiento que de este primer momento del proceso; ya que, conforme lo estatuido por el artículo 229 CPACA en su inciso 2°, "[l]a decisión sobre la medida cautelar no implica prejuzgamiento"². (Negrillas y Subrayas del Despacho.)

Aunado a ello, el Consejo de Estado ha establecido respecto de la solicitud de suspensión provisional que:

¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, auto del 3 de diciembre de 2012, Rad. No. 11001-03-24-000-2012-00290-00. C.P.: Guillermo Vargas Ayala.

² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, auto del 30 de junio de 2016, Rad. No 11001-03-24-000-2015-00369-00 C.P.: Guillermo Vargas Ayala.

"(...) la medida de suspensión de actuaciones administrativas solo se deberá acoger cuando se considere que no existe otra posibilidad de conjurar o superar la situación que dé lugar a su adopción y, en todo caso, en cuanto ello fuere posible el Juez o Magistrado Ponente indicará las condiciones o señalará las pautas que deba observar la parte demandada para que pueda reanudar el procedimiento o actuación sobre la cual recaiga la medida³."

Es necesario resaltar por parte del Despacho, que a la luz de los cambios establecidos en la ley 1437 de 2011, el juez, del estudio del material probatorio aportado y de la sustentación de la medida, deberá pronunciarse sobre la solicitud, decisión que "no implica prejuzgamiento" según lo establece el inciso 2º del artículo 229 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Por tal motivo, es preciso que el juez sea muy cauteloso y guarde moderación a fin que el decreto de esta medida cautelar no signifique tomar partido definitivo en el juzgamiento del acto ni prive a la autoridad pública que lo produjo o al demandado, de que ejerzan su derecho de defensa y que para la decisión final se consideren sus argumentos y valoren sus medios de prueba.⁴

Así las cosas, aun cuando el juez se encuentra facultado para realizar un análisis de los argumentos expuestos por el demandante y cotejarlos con las normas que considera vulnerados, tal análisis no podrá ser profundo, es decir que implique el estudio de fondo sobre la legalidad de los actos acusados.

Ahora, al analizar la solicitud con el propósito de verificar el cumplimiento de los requisitos que la harían procedente, se tiene que:

i) En cuanto al primer requisito, se tiene que la medida cautelar fue solicitada por la demandante en la demanda, debidamente sustentada.

ii) Ahora bien, en lo que respecta al segundo y tercer requisito, este Despacho advierte que frente a la presunta vulneración de las disposiciones por parte de la demandada, considera esta Agencia Judicial que, de la confrontación de las normas constitucionales y legales hecha por la parte actora, no se desprende una vulneración tajante de los preceptos normativos argüidos, toda vez que, como se ha sostenido la discusión debe centrarse en un examen sumario sin entrar a estudiar cuestiones sustanciales atadas al fondo del asunto.

Pues si bien, la parte actora relaciona una serie de normas que prevén el reconocimiento de la sustitución de la asignación de retiro al cónyuge, compañera o compañero permanente de miembros de la Policía Nacional, que acredite haber hecho 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, no es menos cierto que, la presunta infracción de las normas en que debían fundarse las resoluciones No. 1047 del 07 de marzo de 2018 y No. 3032 del 22 de mayo de 2018, son aspectos que solo podrán ser dilucidados en la etapa de juzgamiento, momento en que cual, el Despacho, previo ejercicio del derecho de defensa y contradicción de las partes, contará con el acervo probatorio suficiente para determinar la ocurrencia de los cargos planteados en el concepto de violación.

³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, auto del 05 de febrero de 2016 Rad. No. 11001-03-24-000-2015-00522-00 C.P.: Guillermo Vargas Ayala.

⁴ Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Proveído del 13 de septiembre de 2012. Radicado No. 11001-03-28-0002012-00042-00 C.P. Dra. Susana Buitrago Valencia.

Por tanto, esta discusión deberá ser reservada para el momento de dictar sentencia, como quiera que solamente después de realizado el análisis del debate probatorio allegado con la demanda es posible dilucidar este problema jurídico.

En apoyo a la anterior interpretación, el Consejo de Estado ha discernido:

"En el caso sub lite, no se aprecia prima facie violación ostensible entre los actos demandados y las normas que la parte actora invoca como infringidas, pues el quebranto alegado por el actor se apoya en circunstancias que es menester dilucidar en la correspondiente oportunidad procesal. Con respecto a esto, reiteradamente esta Corporación ha expresado, entre otras, en providencia del 5 de diciembre de 1996, expediente 4135, actor: Fanny Jaramillo Tovar, M.P. Dr Manuel Santiago Urueta Ayola, lo siguiente: "Para que proceda la medida precautoria solicitada, es menester que las normas acusadas contravengan, de manera patente, por mero cotejo, alguna de las que forman parte de las numerosas disposiciones que cita la demandante en su libelo, sin necesidad de efectuar lucubraciones o profundos razonamientos sobre la materia que debe ser dirimida por la jurisdicción. Y tal quebranto u oposición no se aprecia prima facie, siguiendo la pauta que para el estudio de tal tipo de medidas establece el artículo 152 del Código Contencioso Administrativo. Los razonamientos hechos por la demandante conducen a penetrar en el tema de fondo, pues imponen detenerse en el examen de los principios y preceptos de los diversos ordenamientos legales invocados; y si el juzgador, en esta etapa preliminar de la actuación procesal, se pronunciara sobre tanta diversidad de temas, podría estar llevando a cabo un juicio propio de ser realizado en la decisión de mérito que se profiera, pues habría de dilucidarse sin las normas acusadas, guardan o no, coherencia con el resto del decreto, o con las que regulan la materia aduanera(...)"⁵

Asimismo, el Doctor Carlos Betancur Jaramillo, en su obra Derecho Procesal Administrativo, precisó que:

*"... sino porque el reconocimiento previo del derecho en discusión o su protección anticipada en los procesos declarativos puede implicar, no solo un claro prejuizgamiento sobre el resultado del proceso en contra del derecho de defensa de la parte demandada antes de que sea oída y vencida en juicio, sino un serio obstáculo para lograr la efectividad de la sentencia cuando ésta no concuerde con la medida tomada y sea favorable al demandado; rompiéndose también el derecho a la igualdad de las partes en el proceso. Prejuizgamiento que no se podría evitar aunque la ley, con absoluta falta de lógica y contra toda evidencia, disponga con alcance genera: "la decisión sobre la medida cautelar no implica prejuizgamiento" (inc. 2º del art. 229).
(...)*

Cabe afirmar, asimismo, que con estas medidas el legislador, so pretexto de garantizar el derecho a la tutela efectiva de los accionantes, crea la tutela judicial anticipada, olvidando de paso que la contraparte, que ordinariamente es la administración, no es ajena a esa tutela ni corre peligro de insolvencia, y que tiene procesalmente no solo los mismos derechos, sino, primordialmente, intereses generales que defender. En otras palabras, con la interpretación que se infiere de la nueva ley se da a la citada tutela judicial efectiva prevalencia sobre la garantía del debido proceso y se rompe el principio de igualdad.

*(...)
Otorgarle en un proceso declarativo al demandante, en forma anticipada y sin imponerle la carga de esperar su definición (solo con pruebas no contradichas ni públicas), desconoce igualmente la garantía del debido Proceso que también tiene la contraparte, ya que a esta no se le puede cambiar su situación jurídica consolidada, amparada en principio con la presunción de legalidad, sin previamente haya sido oído y vencido en juicio.*

⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Radicación número: 11001-03-25-000-2005-00119-01(5235-05) C.P. Dr. Jaime Moreno García.

(...)

Estimo que esa mayor amplitud que se debe observar en materia de pruebas a ese respecto deberá interpretarse con criterio restrictivo, so pena de desconocer principios fundamentales de derecho probatorio, tales como la formalidad, legalidad, publicidad y contradicción que son los que permiten darle validez y efecto demostrativo a las pruebas que se incorporen al proceso; y que sólo por excepción el legislador podrá atenuar el rigor de tales principios dándoles el valor de sumarias.

(...)

Aunque la ley así no lo exija, el perjuicio que sufra o pueda sufrir el actor deberá tener cierta gravedad, ya que la magnitud de la medida y sus alcances no podrán permitir que cualquier perjuicio, por leve que sea, justifique la medida.”⁶Negrillas y Subrayas del Despacho.

Al respecto, considera esta dependencia judicial, que en el presente caso del análisis de los actos demandados y su confrontación con las normas superiores invocadas como conculcadas, no es procedente en esta etapa del proceso decretar la suspensión provisional del acto administrativo acusado, so pena de realizar un análisis de fondo en torno a la legalidad del mismo.

Ahora bien, en lo que tiene que ver con el argumento de dependencia económica de la demandante con el señor Marco Fidel Trejos Hincapié y su situación de adulto mayor por tener actualmente 75 años de edad, y la presunta afectación del mínimo vital, deberá decirse que si bien los adultos mayores son sujetos de especial protección constitucional, no es menos cierto que, prima facie, la Litis se centra en determinar si la actora tiene derecho o no a percibir la sustitución de la asignación de retiro del finado, lo que sin duda es un tema que está llamada a ser resuelta con el fondo del asunto, pues el mismo requiere de la valoración probatoria de los elementos de juicio que alleguen las partes al proceso, lo que comporta un estudio minucioso y de fondo, por lo que pronunciarse al respecto en esta etapa procesal configuraría prejuzgamiento.

Aunado a lo anterior, observa el Despacho de las afirmaciones planteadas por CASUR en cuanto a que la asignación de retiro del señor Marco Fidel Trejos Hincapié fue también pretendida por la señora Dilfa del Rosario González Calderin, en calidad de compañera permanente, impediría igualmente acceder a la suspensión de los actos administrativos demandados, cuandoquiera que, el cesar sus efectos y ordenar el pago de la prestación en comento en favor de la señora Marlene González De Trejos, podría resultar gravoso para los terceros que se crean con derecho al reclamo de la sustitución pensional, situación que a todas luces conllevaría al menoscabo de las garantías procesales, y que por demás, es un punto que corresponde ser dilucidado de fondo.

En consecuencia, esta Judicatura denegará la solicitud de suspensión provisional de las resoluciones No. 1047 del 07 de marzo de 2018 y No. 3032 del 22 de mayo de 2018, conforme el criterio normativo y jurisprudencial antes expuesto.

Por lo anteriormente expuesto, se

RESUELVE:

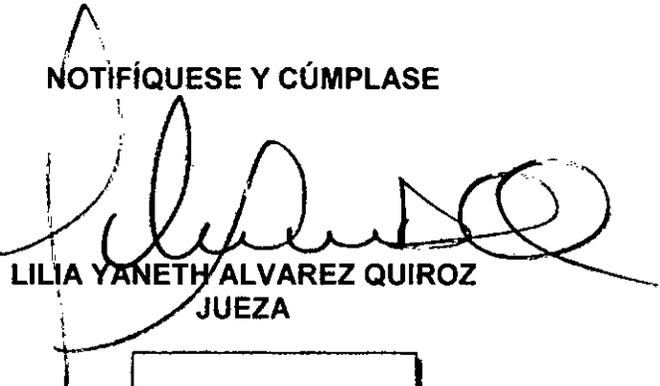
PRIMERO: DENIÉGASE la suspensión provisional de las resoluciones No. 1047 del 07 de marzo de 2018 y No. 3032 del 22 de mayo de 2018, proferidas por el Director General de la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional.

⁶ Betancur Jaramillo, Carlos. Derecho Procesal Administrativo. Octava Edición. Segunda Reimpresión. Librería Señal Editora. Medellín, 2015. Páginas 369 a 390.

Radicado No. : 08001-3333-006-2018-00486-00
Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: MARLENE GONZÁLEZ DE TREJOS
Demandado: Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional

SEGUNDO: RECONÓZCASE personería a la abogada Zeydi Sofia López Castilla, como apoderada judicial de la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional, en los términos y con las facultades del poder conferido.

NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE


LILIA YANETH ALVAREZ QUIROZ
JUEZA

P/ACO

NOTIFICACION POR ESTADO.
LA ANTERIOR PROVIDENCIA
SE NOTIFICA POR ESTADO
ELECTRONICO
N° 32 DE HOY 12 DE JULIO DE
2019 A LAS 08:00 A.M


GERMAN BUSTOS GONZALEZ
SECRETARIO

SE DEJA CONSTANCIA QUE SE
LE DIO CUMPLIMIENTO AL
ARTICULO 201 DEL CPACA