



Juzgado Décimo Administrativo del Circuito Judicial de Ibagué

Ibagué, nueve (09) de noviembre del dos mil veinte (2020)

Radicado: 73001 33 33 010 2018 00368 00
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Demandante: MARLENY MONTOYA DEMOLINA
Demandados: CAJA DE SUELDOS DE RETIRO POLICÍA NACIONAL
y NANCY TIBAQUIRA URUEÑA
Asunto: Reconocimiento pensión de sobreviviente
Sentencia: 00074

I. ANTECEDENTES

Surtido el trámite legal y de conformidad con lo dispuesto en los artículos 179 y 187 del C.P.A.C.A., se procede a dictar sentencia en el proceso que, en ejercicio del medio de control de NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO, promovió la señora **MARLENY MONTOYA DE MOLINA** en contra de la **CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE LA POLICÍA NACIONAL CASUR** y la señora **NANCY TIBAQUIRA URUEÑA**

1. PRETENSIONES

- 1.1 Que se declare la nulidad del acto administrativo contenido en la resolución No **6181** del **22 de agosto del 2016** por medio del cual la **Caja de Sueldos de Retiro de la policía nacional CASUR** negó el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a la señora **Marleny Montoya de Molina** en calidad de cónyuge supérstite del difunto señor Jesús Alfonso Molina Atehortúa.
- 1.2 Que como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho se condene a la accionada **CASUR** a reconocer y pagar a la señora **Marleny Montoya de Molina**, la sustitución pensional en el monto y/o porcentaje que le corresponda conforme al tiempo de 25 años de convivencia, dese la fecha del deceso del causante hasta la fecha efectiva de pago.
- 1.3 Que se condene a la accionada a pagar las sumas reconocidas debidamente indexadas de acuerdo al inciso 4 artículo 187 ley 1437 del 2011.
- 1.4 Que se condene en costa a la entidad accionada

2 HECHOS

2.1 Que el señor Jesús Alfonso Atehortúa Molina y la señora Marleny Montoya contrajeron matrimonio católico el 30 de julio de 1977 y procrearon 4 hijos: Darlen Aned Molina Montoya, Wilmer Leonardo Molina Montoya, Edwin Alfonso Molina Montoya y Edwar Alonso Molina Montoya

2.2 Que la pareja de casados convivió durante 25 años hasta el 2002 año en que el señor Atehortúa Molina se marchó de la casa, presentándose una separación de hecho.

2.3 Que CASUR mediante resolución No **10326 del 10 de diciembre del 2001** reconoció y ordenó pagar asignación de retiro al señor Atehortúa Molina.

2.4 Que el 23 de julio del 2015 el señor Atehortúa Molina de estado civil casado ante la notaria primera de Ibagué rindió declaración extra proceso declarando que convivía en unión libre desde hacía 18 años con la señora Nancy Tibaquirá, que convivió 24 años con la señora Marleny Montoya con quien no se ha liquidado la sociedad conyugal encontrándose vigente a la fecha y desea que al momento de su fallecimiento la pensión sea repartida entre las dos.

2.5 Que el señor Jesús Alfonso Atehortúa Molina falleció el 19 de mayo del 2016.

2.6 Que la señora Nancy Tibaquirá Urueña en calidad de compañera permanente solicitó a CASUR el reconocimiento de los derechos prestacionales del occiso

2.7 Que la señora Marleny Montoya de Molina gozaba de atención en salud por parte de sanidad de la Policía Nacional según carnet No 303947243 en calidad de cónyuge

2.8 Que el subdirector de prestaciones de CASUR publicó edicto informando que a reclamar la sustitución de la prestación se presentó la señora Nancy Tibaquirá Urueña en calidad de compañera permanente y convocó a hacerse presente a quien crea tener derecho a la prestación

2.9 Que la señora Marleny Montoya solicitó al director de CASUR el reconocimiento y pago de la sustitución pensional por considerar le asistía el derecho por haber contraído matrimonio católico y convivir durante 25 años con el occiso

2.10 Que la señora Obeida Montoya en declaración extraproceso el 2 de agosto del 2018 ante la notaría 6 de Ibagué, señaló que conocía a la señora Marleny Montoya desde hace más de 50 años en razón a ser hermanas, que ella contrajo matrimonio con el señor Jesús Alfonso Molina y compartieron mesa, techo y lecho, que dependía económicamente de su esposo por no tener ningún tipo de ingresos y convivieron por 25 años y que después de la separación el señor Molina continuó respondiendo económicamente hasta la fecha de su fallecimiento.

2.11 Que el señor Elías Alfonso Hernández Mendieta en declaración extra proceso el 27 de agosto del 2018 ante la notaria 6 de Ibagué, señaló que conocía a la señora Marleny Montoya desde hace más de 50 años en razón a ser hermanas, que ella contrajo matrimonio con el señor Jesús Alfonso Molina y compartieron mesa, techo y lecho, que dependía económicamente de su esposo por no tener ningún tipo de ingresos y convivieron por 25 años y que después de la separación el señor Molina continuó respondiendo económicamente hasta la fecha de su fallecimiento.

2.12 Que CASUR mediante Resolución No **6181 del 22 de agosto del 2016** reconoció la sustitución pensional a la señora Nancy Tibaquirá Urueña en calidad de compañera permanente en cuantía total de la prestación

2.13 Que en el mismo acto administrativo se negó el reconocimiento de sustitución pensional a la señora Marleny Montoya en razón a lo establecido en el decreto 4433 del

2004 artículo 11 parágrafo 2 literal A que exige acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y haya convivido no menos de 5 años anteriores a su fallecimiento.

3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

3.1 Nancy Tibaquirá Urueña

Dentro de la oportunidad legal mediante apoderada la accionada contestó el libelo introductor de la demanda solicitando se niegue por improcedente, no solo por estar ajustada a derecho, sino porque ello conllevaría a un perjuicio injusto a quien le fue reconocida la sustitución de la asignación de retiro en estricto cumplimiento de los requisitos legales, negándose la sustitución a la señora Marleny Montoya, por la pérdida de su calidad de beneficiaria y en razón de ello, no existan pagos que ejecutar a su favor, librando de responsabilidad a CASUR que obro en estricto cumplimiento de las normas a que está obligada y se condene en costas a la accionante..

Que la señora Tibaquirá convivio e hizo vida marital de manera continuada, permanente bajo el mismo techo, mesa y lecho con el causante hasta el día que falleció en consecuencia y acorde con la decisión de CASUR, una vez estudiadas las solicitudes y los anexos depositados por las 2 solicitantes, hallo que, la señora Tibaquirá erala única con derecho a la sustitución pensional.

Que el régimen especial de pensiones y asignaciones de retiro de la Policía nacional, autorizado por los artículos 27 y 219 de la Constitución, se desarrolló para la Policía Nacional con la ley 923 del 2004 reglamentada por el decreto 4433 del 2004 es norma posterior a la ley 797 del 2003, especial o de régimen especial y conserva todo su vigor y su vigencia, y así lo señala la sentencia **C-439¹ del 2016 de la honorable Corte Constitucional.**

Que acorde con lo establecido en las leyes 57 y 153 de 1887 sobre los principios de interpretación de las leyes, que cuando en los códigos adoptados se halle disposiciones incompatibles entre sí “la disposición relativa a un asunto especial prefiere a la que tenga carácter general”² máxima que debe ser aplicada en este caso o sea el decreto 4433 del 2004 y acorde con el principio de la especialidad entre normas de similar jerarquía, incompatibles una general y la otra especial, se aplica la general en el entendido que se aplica en todos los campos excepto en aquellos que son regulados por la especial, porque sustrae o excluye ese asunto para someterlo a una regulación diferente y específica.

¹ **Corte Constitucional sentencia C-439 del 2016** la Corte puso de presente que existen al menos tres criterios hermenéuticos para solucionar los conflictos entre leyes: *(i)* el criterio jerárquico, según el cual la norma superior prima o prevalece sobre la inferior (*lex superior derogat inferiori*); *(ii)* el criterio cronológico, que reconoce la prevalencia de la norma posterior sobre la anterior, esto es, que en caso de incompatibilidad entre dos normas de igual jerarquía expedidas en momentos distintos debe preferirse la posterior en el tiempo (*lex posterior derogat priori*); y *(iii)* el criterio de especialidad, según el cual la norma especial prima sobre la general (*lex specialis derogat generali*). Con respecto a este último criterio, se sostiene que, en tales casos, no se está propiamente ante una antinomia, en razón a que se entiende que la norma general se aplica a todos los campos con excepción de aquél que es regulado por la norma especial, con lo cual las mismas difieren en su ámbito de aplicación.

² Artículo 5 ley 57 de 1887

Que el decreto 4433 del 2004 señala que la calidad de beneficiario de la pensión se pierde conforme a las normas³ “*cuando lleven cinco (5) o más años de separación de hecho*”

Además, acorde con el sistema integral de seguridad social contenido en la Ley 100 de 1993, el artículo 279 estableció: Excepciones. *El Sistema Integral de Seguridad Social contenido en la presente Ley no se aplica a los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, ni al personal regido por el Decreto-Ley 1214 de 1990, con excepción de aquel que se vincule a partir de la vigencia de la presente Ley, ni a los miembros no remunerados de las Corporaciones Públicas.*

Que el Congreso de la República mediante la ley 923 del 2004, estableció las normas, objetivos y criterios que el gobierno nacional debía observar para dictar el régimen prestacional, pensional y disciplinario de las fuerzas militares y en consecuencia se profirió el decreto 4433 del 2004 “por medio del cual se fija el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la fuerza pública”.

Que para la expedición del acto administrativo demandado la Caja dio aplicación a las disposiciones normativas a las que estaba obligada a someter las peticiones de sustitución de la pensión, y siendo válido el régimen legal aplicado, se deriva la eficacia del acto expedido con fundamento legal, que resolvió la situación particular de la demandante y la de un tercero cuyos intereses pueden resultar lesionados.

Propuso las excepciones que denominó: *1. Prevalencia de leyes de orden o régimen especial y posterior a la ley anterior de carácter general. 2. Pérdida de la calidad de beneficiaria. 2. Eficacia y vigencia del acto administrativo demandado Resolución 6181 del 2016 con fundamento en régimen especial.*

3.2 Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional

Revisado el expediente se evidencia que la demandada CASUR no contestó la demanda según constancia secretarial visible a folio 166 el expediente

4. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN y CONCEPTO MINISTERIO PÚBLICO

4.1 Parte demandante

El apoderado en el escrito de alegaciones señaló en la declaración rendida el 22 de agosto del 2019 y respecto al tema de la convivencia los testigos fueron absolutamente claros y coherentes sobre la convivencia del señor Jesús Alfonso Molina y la señora Marleny Montoya desde el año de 1977 hasta el año 2002, acerca de las particularidades de la convivencia, los distintos lugares donde la pareja y sus hijos tuvieron su domicilio en razón a los traslados que soportaba el occiso a causa de su labor como agente de la Policía nacional.

³ Decreto 4433 del 2004 **Artículo 12. Pérdida de la condición de beneficiario.** Se entiende que falta el cónyuge o compañero (a) permanente y por lo tanto se pierde el derecho a la pensión de sobrevivientes o a la sustitución de la asignación de retiro o de la pensión de invalidez, en cualquiera de las siguientes circunstancias, según el caso:

12.1 Muerte real o presunta.

12.2 Nulidad del matrimonio.

12.3 Divorcio o disolución de la sociedad de hecho.

12.4 Separación legal de cuerpos.

12.5 Cuando lleven cinco (5) o más años de separación de hecho.

Agrega que los testigos expresaron con nitidez el número de hijos procreados y sus nombres, los lugares visitados y reconocieron a la pareja en las fotografías que se les mostro en la audiencia.

Que los testigos señalaron que, durante la relación de 25 años, la señora Montoya se dedicaba a labores del hogar y a la crianza de los hijos por lo cual dependía económicamente del fallecido esposo.

Que la afirmación respecto de la convivencia de 19 años indicada por la señora Tibaquirá esta errada y los testigos no pudieron precisarla, solo que conocieron al occiso indicando uno que la hija murió hace 10 años y la señora Tibaquirá ya vivía con el causante y que la señora laboraba en forma independiente en un local del barrio Jordán donde presta los servicios de estilista en consecuencia no dependía económicamente del señor Jesús Antonio Molina.

Añade que CASUR en el acto administrativo demandado solo tuvo en cuenta lo establecido en el decreto 4433 del 2004, sobre la convivencia de 5 años anteriores al fallecimiento, sin tener en cuenta la norma general – ley 797 del 2003⁴ – vigente para la época de los hechos, norma más favorable, que permite a la conyugue con separación de hecho y sociedad conyugal no disuelta ser beneficiaria de un porcentaje de la asignación mensual de retiro que devengaba el occiso, que se calculará acorde con el tiempo de convivencia con el difunto, en todo caso superior a los 5 años.

Culmina sus alegaciones expresando que, en aras de materializar el derecho a la igualdad, entre conyugue y compañera permanente, establecidos en la ley 797 del 2003 que no discrimina a ninguna, solicitó se despachen favorablemente las suplicas de la demanda.

4.2 Parte demandada.

4.2.1 Caja de Sueldos de Retiro de la Policía nacional

La apoderada judicial dentro del término legal allego memorial contentivo de sus alegaciones en el cual señaló que el decreto 4433 del 2003 artículo 12 literal 12.5 establece que se pierde la condición de beneficiario cuando "*lleven cinco (5) o más años de separación de hecho*" y el occiso y la señora Montoya llevaban más de 10 años separados de hecho, perdiendo la señora la condición de beneficiaria, razón por la cual no le asiste derecho a pretender la sustitución de la asignación de retiro.

La pérdida de la condición se respalda en la declaración de los testigos y del señor Jesús Antonio Molina, en la cual indicó que convivió con Marleny Montoya 24 años y que en la actualidad convive con Nancy Tibaquirá desde hace 18 años, por lo tanto, CASUR en el acto administrativo que reconoció la pensión de sobrevivencia se dio a quien acreditó el

⁴ Ley 797 del 2003 artículo 13 literal b: **ARTÍCULO 13.** Los artículos 47 y 74 quedarán así: <Expresiones "compañera o compañero permanente" y "compañero o compañera permanente" en letra itálica **CONDICIONALMENTE** exequibles>

Artículo 47. Beneficiarios de la Pensión de Sobrevivientes. Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:

En caso de convivencia simultánea en los últimos cinco años, antes del fallecimiento del causante entre un cónyuge y una *compañera o compañero permanente*, la beneficiaria o el beneficiario 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;

derecho de compañera permanente, el cual se encuentra en firme y goza de fuerza de ejecutoria.

En virtud de lo expuesto solicitó al señor Juez se desestimen todas y cada una de las pretensiones de la demanda y en su lugar exonere de cualquier tipo de responsabilidad administrativa a CASUR, la cual en el presente asunto ha actuado conforme con la ley y sus decretos reglamentarios.

4.2.2 Nancy Tibaquirá Urueña

El apoderado en sus alegaciones finales señala que de los testimonios recaudados quedo plenamente definido que en cabeza de la señora Nancy Tibaquirá concurre los requisitos de orden legal y normativo establecidos en el régimen especial de la fuerza pública y de la Policía nacional, para acceder a la sustitución pensional.

Agrega que los testigos de la parte accionante dan por sentado que la convivencia con la señora Montoya finalizó en el año 2002 lo que implica que durante los últimos 5 años el difunto convivió con la señora Nancy Tibaquirá.

Que frente a CASUR quedó absolutamente claro que, quien cumplía con los requisitos para acceder a la sustitución pensional fue y ha sido la señora Nancy Tibaquirá acorde con lo establecido en el decreto 4433 de 2003 artículo 11 y el numeral 5 artículo 12 del mencionado decreto.

Que la manifestación extrajuicio del señor Molina de que a su muerte la pensión fuera compartida entre las 2 mujeres, no es posible tomarla en consideración por dos aspectos: i) porque si ese fuere el querer del legislador hubiera establecido que se permitiera que fuera la misma persona beneficiaria de la pensión o de la asignación de retiro, la que decidiera por encima de los postulados legales en quien recaería dicho beneficio, y, ii) quien se postule como beneficiario de la asignación de retiro, debe cumplir con los requisitos establecidos en la ley, para este efecto son obligatorios, no son facultativos, ni sujetos a cambios jurisprudenciales, porque primero está la ley y en ausencia de ella, o por vacíos en la interpretación de la misma, se acude a los mecanismos auxiliares – jurisprudencia, doctrina y otras – lo cual no es el caso presente porque existe ley concreta que regula la situación particular.

Agrega que para solicitar el reconocimiento de la asignación de retiro deberá acreditarse la condición de beneficiario de acuerdo a lo preceptuado en las normas legales y reglamentarias del régimen de los miembros de la fuerza pública y así lo ha señalado la Corte Constitucional⁵

Concluye poniendo en consideración del Juez los anteriores alegatos de conclusión, solicitando se niéguelas pretensiones de la demandante y se mantenga en vigor y firmeza la Resolución 6181 del 22 de agosto del 2016

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS DEL DESPACHO

⁵ Corte Constitucional sentencia T – 802 del 21 de octubre del 2011. Referencia: expedientes T-3101570 Acción de tutela de María Neiffe Ayala de Montaña contra de CREMIL. Magistrada Ponente: MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

5. TESIS DE LAS PARTES

5.1 Tesis de la parte accionante

Se le debe reconocer la pensión de sobreviviente habida cuenta que CASUR con la expedición de la resolución 6181 del 2016 que negó el reconocimiento de la sustitución pensional vulneró el principio de favorabilidad de la accionante aplicando únicamente lo establecido en el decreto 4433 del 2004 y no lo estipulado en la ley general 797 de 2003, más favorable a la accionante violando el principio de la igualdad de las normas en que debía fundarse, en razón a que la señora Marleny Montoya contrajo matrimonio católico y convivió 25 años con el señor Jesús Antonio Molina en una relación llena de afecto y procreando 4 hijos, dedicada a las labores del hogar y la crianza de los hijos, dependiendo económicamente del causante, el cual en el año 2002 se marchó voluntariamente de la casa.

5.2 Tesis de la parte accionada

5.2.1 Caja de Sueldos de Retiro de la Policía nacional

Deben negarse las pretensiones de la demanda porque el decreto 4433 del 2003 artículo 12 literal 12.5 establece que se pierde la condición de beneficiario cuando "*lleven cinco (5) o más años de separación de hecho*" y el occiso y la señora Montoya llevaban más de 10 años separados de hecho, perdiendo la señora la condición de beneficiaria, razón por la cual no le asiste derecho a pretender la sustitución de la asignación de retiro.

La pérdida de la condición se respalda en la declaración de los testigos y del señor Jesús Antonio Molina, en la cual indicó que convivió con Marleny Montoya 24 años y que en la actualidad convive con Nancy Tibaquirá desde hace 18 años, por lo tanto, CASUR en el acto administrativo que reconoció la pensión de sobrevivencia se dio a quien acreditó el derecho de compañera permanente, el cual se encuentra en firme y goza de fuerza de ejecutoria.

5.2.2 Nancy Tibaquirá Urueña

Deben negarse las pretensiones de la demanda no solo por no estar ajustada a derecho, sino porque ello conllevaría a un perjuicio injusto a quien le fue reconocida la sustitución de la asignación de retiro en estricto cumplimiento de los requisitos legales, negándose la sustitución a la señora Marleny Montoya, por la pérdida de su calidad de beneficiaria y en razón de ello, no existan pagos que ejecutar a su favor, librando de responsabilidad a CASUR que obro en estricto cumplimiento de las normas a que está obligada y se condene en costas a la accionante, y porque la señora Tibaquirá convivió e hizo vida marital de manera continuada, permanente bajo el mismo techo, mesa y lecho con el causante hasta el día que falleció y en consecuencia y acorde con la decisión de CASUR, una vez estudiadas las solicitudes y los anexos depositados por las 2 solicitantes, hallo que la señora Tibaquirá era la única con derecho a la sustitución pensional

6. Problema Jurídico planteado

Procede el despacho a establecer si ¿la señora Marleny Montoya tiene derecho a que se le reconozca y pague la sustitución de la pensión de sobreviviente del causante señor Jesús Alfonso Molina Atehortúa en calidad de cónyuge supérstite o si por el contrario declarar que el acto administrativo demandado se encuentra ajustado a derecho?

6.1 Tesis del Despacho

Se debe acceder a las pretensiones de la demanda en razón a que CASUR no aplicó en su totalidad el decreto 4433 del 2004 parágrafo 2 literal b, en el cual señala que, si no existe convivencia simultánea, pero hay separación de hecho y se mantiene el vínculo conyugal la compañera permanente reclamara una parte proporcional a la convivencia con el causante y la otra parte le corresponde a la cónyuge.

7. ANÁLISIS DEL CASO CONCRETO

Teniendo en cuenta lo anterior, procede el despacho a determinar si en el caso sub-júdice se declarará la nulidad de los actos administrativos atacados por la accionante

7.1. Excepciones

El despacho se pronunciará sobre las excepciones propuestas por la accionada sobre la prevalencia de las leyes del régimen especial debemos tener en cuenta que CASUR en el acto administrativo de reconocimiento de la sustitución pensional tuvo en cuenta una parte del decreto 4433 del 2004 el literal A del parágrafo 2, sin tener en cuenta que las leyes deben ser aplicadas en su integralidad y omitiendo lo señalado en el literal B del parágrafo 2, de la misma codificación y que la excepción de prevalencia se encamina a evitar que en el litigio bajo estudio se aplique la ley general de seguridad social, artículo 13 ley 797 del 2003 y el texto de la norma especial decreto 4433 artículo 11 parágrafo 2 literal b, los cuales transcribo a renglón seguido:

“ARTÍCULO 13. Los artículos 47 y 74 quedarán así: <Expresiones "compañera o compañero permanente" y "compañero o compañera permanente" en letra itálica **CONDICIONALMENTE** exequibles> Artículo 47. Beneficiarios de la Pensión de Sobrevivientes. Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes: <Aparte subrayado **CONDICIONALMENTE** exequible> En caso de convivencia simultánea en los últimos cinco años, antes del fallecimiento del causante entre un cónyuge y una *compañera o compañero permanente*, la beneficiaria o el beneficiario 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;*

Decreto 4433 artículo 11 parágrafo 2 literal b: 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”.

El despacho haciendo un análisis comparativo del texto de las dos normas resaltadas con negrilla, se evidencia la igualdad en su redacción, que los textos tienen el mismo objeto y están dirigidos al mismo grupo de personas que pueden llegar a ser beneficiarias de la sustitución pensional.

Respecto a la pérdida de calidad es preciso indicar que, la Caja de Retiro CASUR por medio del acto administrativo enjuiciado resolución 6181 del 22 de agosto del 2016, le negó la sustitución pensional a la señora Marleny Montoya por no reunir los requisitos del literal A parágrafo 2 artículo 11 decreto 4433 del 2004, - *no haber convivido con el causante los 5 años anteriores a su fallecimiento* - sin que en parte alguna mencione que la accionante hubiese perdido la calidad de beneficiaria.

Para este despacho judicial es claro que en la generalidad el control de legalidad de los actos administrativos, se circunscribe al texto del acto en sí mismo, a la competencia para expedirlo y a la norma aplicable para su expedición.

La excepción no está llamada a prosperar, por cuanto como ya se dijo, que CASUR no le negó la sustitución a la accionante porque hubiese perdido la calidad de beneficiaria, y abordar el estudio de legalidad del acto enjuiciado desde un hecho que no aconteció, sería violatorio del debido proceso de la señora Marleny Montoya haciendo más gravosa su situación y negarle el derecho a que su caso sea tratado por la ley en igualdad de condiciones y así obtener justicia.

7.2. Hechos jurídicamente relevantes

HECHOS PROBADOS	MEDIO PROBATORIO
1. Que el señor Jesús Alfonso Atehortúa Molina presto sus servicios a la Policía nacional durante 20 años 5 meses y 4 días.	Documental: extraído Resolución No 10326 del 10 de diciembre del 2001 (fl 32 - 33).
2. Que CASUR le reconoció asignación de retiro	Documental: Resolución 10326 del 10 de diciembre del 2001 (fl 32 - 33).
3. Que el señor Atehortúa Molina y la señora Marleny Montoya contrajeron matrimonio católico el 30 de julio de 1977 y procrearon 4 hijos.	Documental: Copia registros civiles (fl 13 - 17)
4. Que el señor Atehortúa Molina declaró ante la notaria primera de Ibagué que convivía en unión libre desde hacía 18 años con la señora Nancy Tibaquirá, que convivió 24 años con la señora Marleny Montoya y se encuentra vigente la sociedad conyugal y solicita que al momento que llegue a fallecer la pensión sea repartida en porcentaje del 50% para cada una.	Documental: copia declaración extra proceso de fecha 23 de julio del 2015 (fl 96)
5. Que el señor Atehortúa Molina falleció el 19 de mayo del 2016.	Documental: Registro civil de defunción No 09220243 (fl 18)
6. La señora Obeida Montoya declaró sobre la dependencia económica de la accionante	Documental: copia declaración extra proceso del 2 de agosto del 2018 Notaria 6 de Ibagué (fl23 - 24) y testimonio en audiencia de pruebas (fl188)
7. Afiliación accionante a sanidad Policía nacional en calidad de cónyuge	Documental: copia carnet de sanidad No303947243 (fl 20)
8. El señor Elías Alfonso Hernández Mendieta declaró sobre la dependencia económica de la accionante	Documental: copia declaración extra proceso del 27 de agosto del 2018 notaria 6 de Ibagué. (fl 25 - 26) y testimonio en audiencia de pruebas (fl188)
9. Que la señora Nancy Tibaquirá Uruña en calidad de compañera permanente solicitó a CASUR el reconocimiento de los derechos prestacionales del occiso	Documental: solicitud de fecha 3 de junio del 2016 (fl 149 - 150)
10. Que CASUR publicó edicto informando que a reclamar la sustitución pensional se presentó la señora Nancy Tibaquirá Uruña en calidad de compañera permanente del señor Atehortúa Molina y convocó a quien crea tener derecho a la prestación	Documental: Copia edicto. (fl 98)

11. Que la señora Marleny Montoya de Molina solicitó a CASUR el reconocimiento y pago de la sustitución pensional por considerar le asistía el derecho por haber contraído matrimonio católico con el occiso y convivido durante 25 años	Documental: solicitud de fecha 31 de mayo del 2016 (fl 99 - 107)
12.. Que CASUR reconoció la sustitución pensional a la señora Nancy Tibaquirá Urueña en calidad de compañera permanente en cuantía total de la prestación que en vida devengaba el señor Atehortúa Molina, a partir del 1 de junio del 2016	Documental: Extraído de la resolución No 6181 del 22 de agosto del 2016. (fl. 108 - 109)
13. Que CASUR <i>negó la pensión de sobrevivientes a la señora Marleny Montoya de Molina</i> en razón a que no cumplía con los requisitos establecidos en el artículo 11 parágrafo 2 literal A decreto 4433 del 2004	Documental Extraído resolución 6181 del 22 de agosto del 2016. (fl. 108 - 109)
14. Que la señora Marleny Montoya solicitó al director de CASUR información sobre la sustitución pensional a la que creía tenía derecho	Documental: copia solicitud del 21 de noviembre del 2016 (fl. 112 vuelto – 113)

8. Marco legal y jurisprudencial

8.1. De la sustitución pensional

La sustitución pensional es una institución jurídica encaminada a la protección de la familia, frente a la situación de vulnerabilidad económica que posiblemente puedan enfrentar los beneficiarios del empleado pensionado ante su fallecimiento. Este amparo garantiza su subsistencia a través del reconocimiento de la mesada pensional, previo cumplimiento de los requisitos establecidos para tal fin.

A partir de la vigencia de la Ley 100 de 1993 el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes se encuentra contenida en los artículos 46 a 49 y 73 a 78 de la norma de seguridad social integral.

El artículo 46 de la Ley 100 de 1993 fue modificado por el artículo 12 de la Ley 797 de 2003⁶ que determinó que los miembros del grupo familiar del pensionado por vejez o invalidez por riesgo común que fallezca tendrán derecho al reconocimiento de la misma.

Además, el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, sobre los beneficiarios de la pensión de sobreviviente dispone:

“a) En forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente o supérstite, 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;

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 30 años de edad, y no haya procreado hijos con este. La pensión 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 pensión. Si tiene hijos con el causante aplicará el literal a).

(...)

c) Los hijos menores de 18 años; los hijos mayores de 18 años y hasta los 25 años, incapacitados para trabajar por razón de sus estudios y si dependían económicamente del causante al momento de su muerte, siempre y cuando acrediten debidamente su condición de estudiantes; y, los hijos inválidos si dependían

⁶ “Por la cual se reforman algunas disposiciones del sistema general de pensiones previsto en la Ley 100 de 1993 y se adoptan disposiciones sobre los Regímenes Pensionales exceptuados y especiales.”

económicamente del causante, esto es, que no tienen ingresos adicionales, mientras subsistan las condiciones de invalidez. Para determinar cuándo hay invalidez se aplicará el criterio previsto por el artículo 38 de la Ley 100 de 1993;" (Resaltado fuera de texto)

Conforme a la anterior disposición pueden acceder a la pensión en calidad de beneficiarios el cónyuge o la compañera o compañero permanente sobreviviente, los hijos: i) menores de 18 años hasta la mayoría de edad, ii) mayores de edad hasta los 25 años siempre y cuando se encuentran imposibilitados para trabajar por encontrarse estudiando y los ii) inválidos, mientras subsistan las circunstancias que dieron origen a dicha invalidez, estos dos últimos deberán demostrar la dependencia económica respecto del causante.

La Ley 797 del 29 de enero del 2003 modificó el artículo 47 de la ley 100 de 1993 estableciendo:

ARTÍCULO 13. Los artículos 47 y 74 quedarán así: <Expresiones "compañera o compañero permanente" y "compañero o compañera permanente" en letra itálica **CONDICIONALMENTE** exequibles>

Artículo 47. Beneficiarios de la Pensión de Sobrevivientes. Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:

a) En forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente o supérstite, 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;

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 30 años de edad, y no haya procreado hijos con este. La pensión 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 pensión. Si tiene hijos con el causante aplicará el literal a).

Si respecto de un pensionado 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 artículo, dicha pensión se dividirá entre ellos (as) en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido.

*<Aparte subrayado **CONDICIONALMENTE** exequible> En caso de convivencia simultánea en los últimos cinco años, antes del fallecimiento del causante entre un cónyuge y una compañera o compañero permanente, la beneficiaria o el beneficiario 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;

A su vez el decreto 4433 del 31 de diciembre del 2004, "Por medio del cual se fija el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública." señaló respecto del orden de beneficiarios de la sustitución de la asignación de retiro, por muerte

"ARTÍCULO 11. Artículo 11. Orden de beneficiarios de pensiones por muerte en servicio activo. Las pensiones causadas por la muerte del personal de Oficiales, Suboficiales y Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares, Oficiales, Suboficiales, miembros del Nivel Ejecutivo y Agentes de la Policía Nacional, y Alumnos de las escuelas de formación, en servicio activo, serán reconocidas y pagadas en el siguiente orden:

11.1 La mitad al cónyuge o compañero (a) permanente sobreviviente y la otra mitad a los hijos menores de 18 años e hijos estudiantes mayores de 18 años y hasta los 25 años si dependían económicamente del

causante al momento de su muerte, siempre y cuando acrediten debidamente su condición de estudiantes y a los hijos inválidos si dependían económicamente del causante.

(...)

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

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

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

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

En caso de convivencia simultánea en los últimos cinco años, antes del fallecimiento del causante entre un cónyuge o compañera o compañero permanente, la beneficiaria o el beneficiario de la sustitución de la asignación de retiro o de la pensión de invalidez o de la pensión de sobreviviente será la esposa o el esposo.

Si no existe convivencia simultánea y se mantiene vigente la unión conyugal, pero hay una separación de hecho, la compañera o compañero permanente podrá reclamar una cuota parte de lo 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.

ARTÍCULO 12. Pérdida de la condición de beneficiario. Se entiende que falta el cónyuge o compañero (a) permanente y por lo tanto se pierde el derecho a la pensión de sobrevivientes o a la sustitución de la asignación de retiro o de la pensión de invalidez, en cualquiera de las siguientes circunstancias, según el caso:

12.1 Muerte real o presunta.

12.2 Nulidad del matrimonio.

12.3 Divorcio o disolución de la sociedad de hecho.

12.4 Separación legal de cuerpos.

12.5 Cuando lleven cinco (5) o más años de separación de hecho.”

En apartes de la sentencia C-1035 del 2008 la Corte Constitucional expresó:

De acuerdo a lo dispuesto en el artículo 46 de la ley 100 de 1993, la pensión de sobrevivientes es una prestación económica reconocida a favor del grupo familiar del pensionado por vejez o invalidez que fallece, y tiene por finalidad proteger a los miembros de dicho grupo del posible desamparo al que se pueden enfrentar por razón de la muerte del causante, en tanto antes del deceso dependían económicamente de aquél. De esta manera, con la pensión de sobrevivientes se pretende garantizar a la familia del causante el acceso a los recursos necesarios para garantizarse una existencia digna y continuar con un nivel de vida similar al que poseían antes de su muerte.

Esa Corporación, específicamente refiriéndose a esta figura ha sostenido que su propósito:

“(…) es el de ofrecer un marco de protección a los familiares del afiliado o del pensionado que fallece, frente a las contingencias económicas derivadas de su muerte. (...) Concretamente, la pensión busca [evitar] que ocurrida la muerte de una persona, quienes dependían de ella se vean obligados a soportar individualmente las cargas materiales y espirituales de su fallecimiento. Desde esta perspectiva, ha dicho la Corte, “la sustitución pensional responde a la necesidad de mantener para su beneficiario,

al menos el mismo grado de seguridad social y económica con que contaba en vida del pensionado fallecido, que al desconocerse puede significar, en no pocos casos, reducirlo a una evidente desprotección y posiblemente a la miseria (...) [Énfasis fuera de texto]

La Corte Constitucional al hacer el análisis de constitucionalidad de la norma antes referida, mediante sentencia C-1035 de 2008 dispuso:

“El artículo 13 de la Ley 797 de 2003 que modifica los artículos 47 y 74 de la Ley 100 de 1993, señala quiénes son los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes y contempla una serie de condiciones que deben cumplirse para que el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite tenga derecho a la pensión de sobrevivientes, en caso de que se presente la situación excepcional de la convivencia simultánea en los últimos cinco años previos al fallecimiento del causante, disposición sobre la que la Corte declara su constitucionalidad condicionada, en el entendido que además de la esposa o esposo, también es beneficiario de la pensión de sobrevivientes, el compañero o compañera permanente y dicha pensión se dividirá entre ellos (as) en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido”.

El Consejo de Estado en reiterada jurisprudencia ha señalado que para determinar a quién debe reconocerse la pensión de sobreviviente, cuando hay discusión entre la esposa y la compañera permanente, deberá primar la convivencia plena y permanente, situación que la compañera permanente probó, quien, por medio de los testimonios, logró demostrar que hizo vida marital, convivió en el mismo techo y lecho e incluso se encargó y estuvo al tanto de las enfermedades del causante.

Ahora bien, el máximo órgano de cierre de la jurisdicción contenciosa administrativa en sentencia del 20 de septiembre de 2007⁷, en lo que tiene que ver con el reconocimiento de la pensión de sobreviviente cuando hay convivencia simultánea de la esposa y la compañera permanente, decidió que **el criterio para establecer el reconocimiento, se funda en el auxilio o apoyo mutuo, la convivencia efectiva, la comprensión y la vida en común al momento de la muerte.**

En cuanto a ese denominado acompañamiento permanente la Corte Suprema de Justicia⁸ también ha señalado que:

“(…) Ciertamente se es cónyuge por virtud del matrimonio, pero no basta con la formalidad solemne de su celebración para conformar el grupo familiar protegido por la seguridad social. Esta calidad sólo se puede predicar de quienes, además, han mantenido vivo y actuante su vínculo mediante el auxilio mutuo -elemento esencial del matrimonio según el artículo 113 del C.C.- entendido como acompañamiento espiritual permanente, apoyo económico y con vida en común que se satisface cuando se comparten los recursos que se tienen, con vida en común o aún en la separación cuando así se impone por fuerza de las circunstancias, ora por limitación de medios, ora por oportunidades laborales (...)”.

8.2. De la asignación de retiro

La Ley 923 de 2004 es la norma marco sobre el régimen de asignación de retiro y de otras prestaciones correspondientes a los miembros de la fuerza pública. El artículo 3 de esta Ley establece el orden de quiénes pueden concurrir como beneficiarios de la asignación de retiro por causa de muerte del servidor. Dicho orden fue regulado por la reglamentación establecida en el Decreto 4433 de 2004, cuyo artículo 11 (párrafo 2) establece lo siguiente:

⁷ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, M.P. Jesús María Lemos Bustamante, proceso con radicado No. 76001-23-31-000-1999-01453-01 y número interno 2410-2004

⁸ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, sentencia de 8 de agosto de 2006, radicado 27079.

“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 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.

La honorable Corte Constitucional ha tenido la oportunidad de precisar cuál es la naturaleza jurídica de la asignación de retiro, señalando que:

“Es una modalidad de prestación social que se asimila a la pensión de vejez y que goza de un cierto grado de especialidad (en requisitos), atendiendo la naturaleza especial del servicio y las funciones que cumplen los servidores públicos a quienes se les reconoce. Se trata, [...], de establecer con la denominación de “asignación de retiro”, una pensión de vejez o de jubilación para los miembros de la fuerza pública, en la medida que el resto del ordenamiento especial de dichos servidores públicos, se limita a regular las pensiones de invalidez y sobrevivientes”

En la Sentencia T-802/11 respecto de la sustitución de la asignación de retiro de miembros de las fuerzas militares la Corte Constitucional ha señalado:

“Respecto de la sustitución de la asignación de retiro, la Corte ha sostenido que es una prestación económica cuya finalidad es asimilable a la de la pensión de sobrevivientes reconocida en el Sistema General de Pensiones. En desarrollo de lo anterior, es necesario reiterar que la jurisprudencia de esta Corporación ha deducido de la lectura de los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993, que el propósito de la pensión de sobrevivientes es el de proteger a los familiares del afiliado o del pensionado que fallece, frente a las contingencias económicas derivadas de su muerte.

Ese cometido, hace de la pensión de sobrevivientes un instrumento cardinal para la protección del derecho al mínimo vital de quienes son potenciales beneficiarios, en los términos de ley.

Así, para solicitar el reconocimiento del derecho a la sustitución de la asignación de retiro, deberá acreditarse la condición de beneficiario de acuerdo con lo preceptuado en las normas legales y reglamentarias que regulan el régimen pensional de los miembros de la Fuerza Pública.

Por lo anterior, para establecer quién puede ser beneficiario de la sustitución de tal asignación en el caso concreto, se deberá acudir al artículo 11 del Decreto 4433 de 2004, de conformidad con la remisión establecida en el artículo 40 de la misma norma”.

La Caja de Sueldos de Retiro, mediante acto administrativo, negó la solicitud de una cuota parte de la sustitución de la asignación de retiro presentada por la cónyuge, esta entidad reconoció la totalidad del derecho pensional, a favor de la compañera permanente del causante. Consideró que la accionante no cumplió con lo establecido en el literal a) del parágrafo 2 del artículo 11 del Decreto 4433 de 2004.

Es visible para el despacho que la negativa de CASUR de reconocimiento de la pensión de sobreviviente a la señora **Marleny Montoya** por no cumplir los requisitos del literal a parágrafo 2 artículo 11 Decreto 4433 del 2004 son los mismos requisitos por los cuales se negó la asignación de retiro a la señora Consuelo Morales de Cortés, en el expediente T-6.104.311 bajo estudio por la Corte Constitucional en la sentencia T-616 de 2017⁹, cuando existe separación de hecho sin disolución de sociedad conyugal.

Por tratarse de un caso, de similares características al objeto de estudio, este despacho se permite transcribir in extenso apartes de la sentencia T-616 de 2017:

“La Ley 923 de 2004 (artículo 3) y el Decreto 4433 de 2004 (artículo 11, parágrafo 2), señalan a la (al) cónyuge y a la (al) compañera(o) permanente del causante, como beneficiarios de la sustitución de la asignación mensual de retiro, bajo ciertas reglas. En particular, la norma aplicable al caso es el literal b), inciso 3º, segunda parte, del parágrafo 2, artículo 11, del Decreto 4433 de 2004, que contempla el supuesto fáctico en el que, existiendo un vínculo matrimonial no disuelto, no existe convivencia simultánea entre los cónyuges debido a que se presentó una separación de hecho, y el beneficiario de la prestación estableció una relación con un(a) compañero(a) permanente, manteniendo una convivencia exclusiva y superior a los 5 años anteriores al fallecimiento del causante.

Hechos relevantes

El 10 de febrero de 1962, Consuelo Morales de Cortés contrajo matrimonio con el agente de policía Ariel Cortés García. Fueron padres de cinco (5) hijos. Años después, se separaron de cuerpos, pero mantuvieron vigente su sociedad conyugal. El señor Cortés continuó hasta su muerte (22 de marzo de 2016), haciéndose cargo de los gastos de sostenimiento de su esposa, a quien tuvo afiliada, como única beneficiaria suya, en el sistema de salud de la Policía Nacional

(...)

Según Bertha Botero Orozco, el señor Cortés García convivió con ella desde el 1 de enero de 1967 y hasta su muerte

(...)

De igual manera, en la cláusula tercera del citado documento público, Ariel Cortés manifestó “que es su deseo que a su fallecimiento la pensión que recibo debe ser repartida por partes iguales entre su esposa y la actual compañera permanente Bertha Botero Orozco.

(...)

Con posterioridad a su muerte (marzo 22 de 2016), su esposa y su compañera permanente presentaron en abril de 2016, ante la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional (en adelante CASUR), sus respectivas solicitudes de reconocimiento de sustitución de la asignación mensual de retiro.

(...)

1.3.1. Esta entidad, mediante la Resolución No. 3256 del 17 de mayo de 2016, le reconoció a Bertha Botero Orozco, en su calidad de compañera permanente, la sustitución de la asignación mensual de retiro, en cuantía equivalente al total de la prestación que devengaba Ariel Cortés. En esta Resolución, la CASUR negó el reconocimiento de la sustitución a Consuelo Morales de Cortés.

Al respecto, argumentó que la señora Morales no cumple con el requisito previsto en el literal a) del parágrafo 2 del artículo 11 del Decreto 4433 del 2004, referente a la acreditación de la vida marital con el causante hasta su muerte, y la convivencia con el difunto no menos de 5 años continuos inmediatamente anteriores a su fallecimiento.” (Subrayas fuera de texto)

(...)

⁹ T-616 de 2017 Acción de tutela de Consuelo Morales de Cortés contra la CASUR. Mag. Ponente: DIANA FAJARDO RIVERA

5. 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. Reiteración de jurisprudencia

“27. En la **sentencia T-856 de 2014**, la Corte estudió el caso de una mujer que contrajo matrimonio con un miembro del Ejército Nacional, con quien convivió durante 46 años y con quien procreó 6 hijos. El gozaba de una asignación mensual de retiro a cargo de la Caja de Sueldos de Retiro de las Fuerzas Militares (CASUR), la cual le fue reconocida en 1964. El militar murió en el 2006 y, en consecuencia, la cónyuge supérstite solicitó la sustitución de la asignación mensual de retiro. Mediante resolución del mismo año, CASUR resolvió negativamente la solicitud, argumentando que la cónyuge no había probado convivencia con su esposo hasta cuando él murió. La cónyuge presentó recurso de reposición contra la decisión anterior, manifestando que no había convivido con su cónyuge durante los últimos 5 años de su vida, porque este había abandonado el hogar. Sin embargo, no se divorciaron y ninguno constituyó un nuevo hogar. El cónyuge difunto brindaba a la cónyuge el apoyo económico necesario para satisfacer las necesidades de su mínimo vital.

28. En este caso, la Corte consideró que, si bien la normatividad le asigna consecuencias jurídicas a la convivencia durante los años anteriores al fallecimiento del cónyuge o compañero/a permanente, **para efectos de la sustitución de la pensión o de la mesada de retiro, esto no puede traducirse en actos discriminatorios**. Por tanto, la Corte determinó que en el caso del cónyuge que está separado de hecho, no se ha divorciado y depende económicamente de su antigua pareja, el requisito de convivencia durante más de 5 años, exigido para el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes o para la sustitución de la asignación de retiro, se flexibiliza y puede ser verificado en cualquier momento, no sólo en los años inmediatamente anteriores a la muerte del causante.

29. De otro lado, en la **sentencia T-089 de 2015**, la Corte estudió el caso de una mujer de 86 años, quien se casó y convivió con su esposo desde 1955 hasta 1985, con quien procreó 5 hijos. El gozaba desde 1973 de una asignación mensual de retiro a cargo de la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional. Tras la muerte de su pareja, la cónyuge supérstite solicitó la sustitución de la asignación de retiro, en atención a que el matrimonio y la sociedad conyugal continuaban vigentes, pese a que él tuvo un vínculo marital de hecho con otra persona. Mediante resolución emitida el mismo año, la CASUR reconoció la sustitución de asignación mensual de retiro a un hijo del causante en un 50%, y suspendió el trámite de la asignación mensual de retiro que pudiera corresponder a la cónyuge supérstite y a la compañera permanente del difunto. La compañera permanente interpuso recurso de reposición contra esta decisión y mediante un nuevo acto administrativo, CASUR resolvió reconocerle la sustitución de asignación mensual de retiro en cuantía equivalente al 50%, y negar el reconocimiento de la sustitución a la cónyuge supérstite.

30. En este caso, la Corte manifestó que según el parágrafo 2, del artículo 11, del Decreto 4433 de 2004, la cónyuge tiene derecho a la sustitución de la asignación mensual de retiro, en proporción al tiempo de convivencia, si el vínculo matrimonial está vigente para cuando se dio el fallecimiento del causante. En el evento en que éste haya establecido una nueva relación, que estuviera vigente para el momento del deceso, la asignación mensual será compartida entre el cónyuge y el compañero(a) permanente, en proporción al tiempo de convivencia.

31. Adicionalmente, la Corte se refirió al concepto de familia “(...) según el cual, son miembros del grupo familiar no solo aquellas personas que en razón del vínculo jurídico o de consanguinidad integran una familia, sino también quienes, como resultado de la convivencia continua, el afecto, la protección, el auxilio y respeto mutuo consolidan núcleos familiares de hecho (...)”, y a la necesidad de valorar el apoyo mutuo y la dependencia económica en este tipo de casos.

32. En la **sentencia T-164 de 2016**¹⁰, la Corte estudió el caso de una mujer de 77 años, quien contrajo matrimonio con un policía, que al momento de su deceso recibía una asignación mensual de retiro. La convivencia entre los cónyuges duró entre 1953 y 1990, momento en el que el cónyuge inició una unión marital de hecho con otra mujer. La pareja nunca se divorció y él se encargó, hasta su muerte, de solventar el sostenimiento de su esposa.

¹⁰ **Sentencia T-164 de 2016**. expedientes T-5240941 y T-5256988. Acciones de tutela interpuestas por Soledad Barrera de Bernal contra la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP) (T-5240941); y por Berta Marín de Jaimés contra la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional (T-5256988) Magistrado Ponente: Alejandro Linares Cantillo

33. La Corte concluyó que la **disposición aplicable al caso concreto era la contenida en el inciso final del literal b) del párrafo 2º del artículo 11 del Decreto 4433 de 2004**, y no el literal a). El literal b) contempla el supuesto fáctico referente a la existencia de un vínculo matrimonial no disuelto, sin convivencia entre los cónyuges debido a que se presentó una separación de hecho, y uno de ellos estableció una relación con un(a) compañero(a) permanente, con quien tuvo una convivencia exclusiva y superior a cinco (5) años, contados con anterioridad al fallecimiento del causante.

34. De la regulación y los precedentes constitucionales antes expuestos resultan las siguientes reglas:

- 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).**
(...)

36. La Ley 923 de 2004 (artículo 3) y el Decreto 4433 de 2004 (artículo 11, párrafo 2), señalan a la (al) cónyuge y a la (al) compañera(o) permanente del causante, como beneficiarios de la sustitución de la asignación mensual de retiro, bajo ciertas reglas. En particular, la norma aplicable al caso es el literal b), inciso 3º, segunda parte, del párrafo 2, artículo 11, del Decreto 4433 de 2004, que contempla el supuesto fáctico en el que, existiendo un vínculo matrimonial no disuelto, no existe convivencia simultánea entre los cónyuges debido a que se presentó una separación de hecho, y el beneficiario de la prestación estableció una relación con un(a) compañero(a) permanente, manteniendo una convivencia exclusiva y superior a los 5 años anteriores al fallecimiento del causante.

37. De este modo, cuando haya separación de hecho pero se mantenga vigente la sociedad conyugal y se establezca una nueva relación durante al menos los cinco años anteriores a la fecha del deceso, la asignación de la cual disfrutaba el causante será compartida entre el cónyuge separado de hecho y el(la) compañero(a) permanente que tenga esa condición para el momento de la muerte, en proporción al tiempo de convivencia de cada uno con el fallecido, siempre y cuando el causante haya convivido con su cónyuge durante al menos 5 años en cualquier momento, tal como ha precisado la jurisprudencia
(...)

39. En atención a los hechos del caso y a las reglas jurisprudenciales aplicables antes mencionadas, Consuelo Morales de Cortés tiene derecho a la sustitución de la asignación mensual de retiro, en proporción al tiempo de convivencia con su cónyuge. Al respecto, debe recordarse que quien está separado de hecho, conserva su vínculo matrimonial y haya convivido con este al menos durante 5 años en cualquier tiempo, tiene derecho a que se le reconozca el derecho a la sustitución de la mesada de retiro en proporción al tiempo de convivencia, esto último, cuando el causante también convivió con un(a) compañero(a) permanente durante al menos los cinco años anteriores a su deceso.”

Así las cosas y del análisis del material probatorio obrante en el proceso se puede colegir que:

- Que la señora Marleny Montoya era atendida como beneficiaria del señor Molina Atehortúa en el sistema de seguridad social en salud de la Policía. (*copia carnet de sanidad No303947243 fl 20*).
- Que el causante ante la Notaría Primera de Ibagué declaró en forma libre y bajo la gravedad del juramento que convivía en unión libre desde hacía 18 años con la señora

Nancy Tibaquirá, que convivió 24 años con la señora Marleny Montoya, que la sociedad conyugal se encuentra vigente y solicita que al momento que llegue a fallecer la pensión sea repartida en porcentaje del 50% para cada una de las señoras (copia declaración extra proceso de fecha 23 de julio del 2015 fl 96)

De los testimonios de los señores Obeida Montoya de Hernández, Elías Alfonso Hernández Mendieta y María Nazaria Molina de Rincón.

- Desde el 30 de julio de 1977 fecha en que contrajo matrimonio católico y hasta el día de su muerte el señor Jesús Alfonso Molina Atehortúa estuvo legalmente casado con la señora Marleny Montoya. (*Copia registros civiles fl 13 – 17*)
- Que el señor Molina Atehortúa se marchó de la casa en que convivía con Marleny Montoya y sus 4 hijos, por su propia voluntad en el año 2002.
- Que el señor Molina Atehortúa era el responsable del sostenimiento, manutención y pago de los gastos de la casa.
- Que el señor Molina Atehortúa le enviaba dinero a la señora Marleny Montoya para su sostenimiento y pago del arriendo.

De los testimonios de los señores Augusto Bonilla Polanco, María Nazaria Molina de Rincón, María Olga Calderón.

- Que el señor Molina Atehortúa y la señora Nancy Tibaquirá sostuvieron una relación por un periodo de tiempo que no se puede determinar con certeza, porque unos testigos señalan que convivían en el barrio el Edén en el año de 1996 y la hermana de Alfonso Molina de nombre **María Nazaria Molina de Rincón** declaró que su hija se casó en el año 1997 y Alfonso Molina asistió a la reunión acompañado de Nancy Tibaquirá.
- Que durante los últimos 5 años de su vida el señor Molina Atehortúa convivió con la señora Nancy Tibaquirá observando muestras y trato afectivo como esposos y no conocieron familiares o a persona alguna diferente a la señora Nancy Tibaquirá.

Aterrizando en el caso bajo estudio y teniendo en cuenta las pruebas documentales aportadas al proceso y las declaraciones de los testigos se colige que el señor Jesús Alfonso Molina tenía una relación de convivencia con la señora Nancy Tibaquirá desde el año 1996 la que duró hasta el 16 de mayo del 2016 día en el que señor Molina Atehortúa falleció, sin embargo y al mismo tiempo mantuvo vigente su vínculo conyugal en razón al matrimonio contraído con la señora Marleny Montoya en el año de 1977, de la cual se separó de hecho por su propia voluntad en el año 2002 y que de forma libre y espontánea en su declaración ante el Notario expresó su deseo de que al momento de fallecer su pensión se dividiera en un porcentaje del 50% para Nancy Tibaquirá y 50% para Marleny Montoya

Acorde con la jurisprudencia de la Corte Constitucional anteriormente citada¹¹ “*debe recordarse que quien está separado de hecho, conserva su vínculo matrimonial y haya convivido con este al menos durante 5 años en cualquier tiempo, tiene derecho a que se le reconozca el derecho a la sustitución de la mesada de retiro en proporción al tiempo de convivencia, esto último, cuando el causante también convivió con un(a) compañero(a) permanente durante al menos los cinco años anteriores a su deceso*”

¹¹ Sentencia T-616 del 4 de octubre del 2017. Expediente T-6.104.311 Acción de tutela instaurada por Consuelo Morales de Cortés contra CASUR. Magistrada Ponente: DIANA FAJARDO RIVERA

Teniendo en cuenta que el señor Jesús Alfonso Molina contrajo un vínculo conyugal con la señora Marleny Montoya de Molina mediante matrimonio católico celebrado en el año 1977 y se separó de hecho marchándose de la casa en el año 2002, convivieron durante 25 años.

Respecto de la señora Nancy Tibaquirá los testigos declararon que la conocieron como estilista en el barrio el Edén en 1996 y que tenía al señor Alfonso Molina como su esposo, y la hermana de Alfonso Molina y cuñada de Marleny declaró que mi hija se casó en el 97 y Alfonso fue a la reunión con Nancy, por lo tanto, el despacho tomara como fecha de inicio de la convivencia entre el causante y Nancy Tibaquirá el año de 1996, es decir que convivieron 20 años hasta la fecha de fallecimiento, con lo cual se evidencia la posible existencia de una convivencia simultanea entre el año 1996 al año 2002.

En consecuencia, el despacho declarará que la señora Marleny Montoya de Molina tiene derecho a la sustitución pensional de la asignación de retiro que en vida devengaba el señor Jesús Alfonso Molina Atehortúa, en porcentaje proporcional al tiempo de convivencia con el causante.

Que acorde al tiempo de convivencia con el causante (Jesús Alfonso Molina Atehortúa), por parte de las señoras Marleny Montoya (25 años) como cónyuge y la señora Nancy Tibaquirá Urueña (20 años) como compañera permanente, los porcentajes de convivencia son 55.56% para la cónyuge supérstite y 44,44% para la compañera permanente.

En razón a lo anterior se ordenará CASUR reconocer a la señora Marleny Montoya de Molina la sustitución pensional en un porcentaje equivalente al cincuenta y cinco punto cincuenta y seis por ciento (55,56%) de la asignación de retiro que en vida devengaba el señor Jesús Alfonso Molina Atehortúa, y a la señora Nancy Tibaquirá Urueña en un porcentaje equivalente al cuarenta y cuatro coma cuarenta y cuatro por ciento (44,44%) además afiliarla al sistema de seguridad social en salud de la Policía Nacional por su calidad de pensionada y por consiguiente de las sumas resultantes descontar el valor de los aportes a seguridad social.

9. Prescripción

El decreto **4433 de 2004**, en su artículo 43¹², dispone que las mesadas de la asignación de retiro y de las pensiones previstas en dicho decreto prescriben en tres (3) años contados a partir de la fecha en que se hicieron exigibles.

De acuerdo con las pruebas existentes en el plenario, el Despacho advierte que la Resolución No. **6181 del 22 de agosto del 2016** mediante la cual se le reconoció la sustitución de la asignación de retiro a la señora Nancy Tibaquirá Urueña y negó la sustitución a la señora Marleny Montoya, determinó que el derecho se haría efectivo a partir del **1 de junio del 2016**, y, que la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho fue impetrada el **29 de agosto del 2018** según acta individual de reparto de la oficina

¹² "Artículo 43. Prescripción. Las mesadas de la asignación de retiro y de las pensiones previstas en el presente decreto prescriben en tres (3) años contados a partir de la fecha en que se hicieron exigibles.

El reclamo escrito recibido por la autoridad competente sobre un derecho, interrumpe la prescripción, por un lapso igual. Los recursos dejados de pagar como consecuencia de la prescripción de que trata el presente artículo, permanecerán en la correspondiente entidad pagadora y se destinarán específicamente al pago de asignaciones de retiro en las Cajas o de pensiones en el Ministerio de Defensa Nacional o en la Dirección General de la Policía Nacional, según el caso.

judicial de Ibagué, es decir dentro de los términos legales concedidos para el efecto, por lo cual es dable concluir que a la señora Marleny Montoya de Molina no le ha prescrito el derecho a reclamar la sustitución pensional de la asignación de retiro que en vida devengaba el señor Jesús Alfonso Molina Atehortúa, razón por la cual, el reconocimiento de la misma y los valores que resulten del porcentaje de convivencia con el causante deberá hacerse a partir del **1 de junio del 2016**.

10. Recapitulación.

Teniendo en cuenta los argumentos expuestos en precedencia, se accederá a las pretensiones de la demanda, ordenando a la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía nacional CASUR reconocer y pagar la sustitución pensional a la señora Marleny Montoya de Molina acorde con el porcentaje de convivencia con el causante Jesús Alfonso Molina Atehortúa en un 55,56% y para la señora Nancy Tibaquirá Urueña en un 44,44%, si CASUR considera alguna variación en los porcentajes, los establecerán en el acto administrativo que reconozca la sustitución pensional a la señora Montoya

11. Costas

El artículo 188 del CPACA sobre la condena en costas señala que en la sentencia se dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil, pese a ello y como quiera que el compilado normativo antes mencionado fue derogado por el Código General del Proceso, serán estas las normas aplicables en el caso concreto para la condena y liquidación de costas.

Ahora bien, el artículo 365 del C. G. P dispone que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, súplica, queja, casación, revisión o anulación que haya propuesto.

En el presente caso se observa que las pretensiones de la demanda fueron despachadas favorablemente, razón por la cual de conformidad con el Acuerdo No. PSAA16-10554 del 5 de agosto del 2016 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, se fijarán las agencias en derecho en la suma equivalente a uno (1) SMLMV a la fecha de ejecutoria de esta providencia, a cargo de CASUR y en favor de la parte actora.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO DÉCIMO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE IBAGUÉ**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: DECLÁRESE la nulidad parcial del acto administrativo contenido en la Resolución No. **6181 del 22 de agosto del 2016** proferida por la CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE LA POLICÍA NACIONAL CASUR, mediante la cual se negó la sustitución pensional a la señora **MARLENY MONTOYA DE MOLINA**

SEGUNDO: Como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho **CONDENESE** a la CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE LA POLICÍA NACIONAL CASUR al reconocimiento de la pensión de sobreviviente de la asignación de retiro que en vida devengaba el señor Jesús Alfonso Molina Atehortúa, a favor de las señoras **MARLENY MONTOYA DE MOLINA** identificada con cedula de ciudadanía No

28.631.573 en calidad de cónyuge supérstite desde el **1 de junio del 2016** en adelante en un porcentaje equivalente al 55,56%, debidamente indexada de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la providencia, y para la señora NANCY TIBAQUIRA URUEÑA identificada con cedula de ciudadanía No 38.253.862 en calidad de compañera permanente sobreviviente en un porcentaje equivalente al 44,44%

TERCERO: ORDENESE a la CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE LA POLICÍA NACIONAL CASUR afiliar a la señora **MARLENY MONTOYA DE MOLINA** al sistema de seguridad social en salud en su calidad de beneficiaria de la sustitución pensional y a descontar los valores correspondientes a los aportes con destino al sistema.

CUARTO: NIÉGUENSE las demás pretensiones de la demanda.

QUINTO: CONDENAR en costas a CASUR de conformidad con lo dispuesto en los artículos 188 del CPACA y 365 del C.G.P, para lo cual se fija la suma equivalente a uno (1) SMLMV a la fecha de ejecutoria de esta providencia, como agencias en derecho.

SEXTO: La entidad demandada dará cumplimiento a la sentencia en los términos del artículo 192 del C.P.A.C.A.

SÉPTIMO: Liquídense los gastos del proceso, si hubiere remanentes devuélvanse a la parte demandante.

OCTAVO: En firme este fallo, efectúense las comunicaciones del caso para su cabal cumplimiento, expídanse copias con destino y a costa de las partes, con las precisiones del artículo 114 del C.G.P. las que serán entregadas a los apoderados judiciales que han venido actuando

NOVENO: Para efectos de la notificación de la presente sentencia, se ordena que por Secretaría se realice conforme el artículo 203 del C.P.A.C.A.

DÉCIMO: Archívese el expediente, previa anotación en el sistema informático "Justicia Siglo XXI".

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

LUIS MANUEL GUZMÁN
Juez

Firmado Por:

LUIS MANUEL GUZMAN
JUEZ CIRCUITO
JUZGADO 10 ADMINISTRATIVO 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

Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho
Radicación: 73 001 33 33 010 2018 00368 00
Demandante: Marleny Montoya de Molina
Demandado: caja de sueldos de retiro de la policía nacional CASUR
Decisión: Accede parcialmente a las pretensiones

Código de verificación:

f4c882218c5f07cb635ef276855f3fdf9d9006a9e4bb135b4698e01677676822

Documento generado en 09/11/2020 09:13:08 a.m.

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