



REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO SEGUNDO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE SOGAMOSO

Sogamoso, Marzo Veintiocho (28) de dos mil diecisiete (2017)

Referencia: Nulidad y restablecimiento del derecho.
Radicación: 15238-33-33-752-2015-00155-00
Demandante: María Beatriz Espitia Rincón.
Demandado: Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional - CASUR.

1. ASUNTO

Corresponde al Despacho dictar sentencia de primera instancia dentro del proceso de la referencia.

2. PRETENSIONES

En ejercicio del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho consagrado en el artículo 138 del C.P.A.C.A., la señora MARÍA BEATRIZ ESPITIA DE RINCÓN solicita se declare la nulidad de la Resolución No. 007294 del 7 de Octubre de 2011 expedida por la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional, que reconoció una sustitución de asignación de retiro a la Señora FLOR ALBA CHIQUILLO ALVARADO en cuantía equivalente al 50% del total de la prestación que devengaba el extinto Agente (r) José Antonio Rincón Pérez y negó a la demandante tal prestación y de los oficios No. GST-SDP1248 del 7 de junio de 2013 y No. 236713 del 21 de noviembre de 2013, por medio de los cuales se le negó el reconocimiento de la referida sustitución de asignación de retiro en calidad de cónyuge supérstite.

A título de restablecimiento del derecho, solicita se condene a la entidad demandada a reconocer y pagar en su favor la sustitución de asignación mensual de retiro en cuantía del 50% o la cuota parte que le corresponde del total de la prestación que devengaba a partir de la fecha de fallecimiento del causante, es decir, desde el 22 de Diciembre de 2010, a reconocer y pagar las mesadas adicionales de junio y diciembre de cada año, desde el momento en que se hicieron exigibles hasta el momento en que se efectúe el pago, a indexar las sumas adeudadas con base en el IPC, a pagar los intereses moratorios a que haya lugar, al cumplimiento de la sentencia dentro de los términos previstos en los artículos 192 y 195 del CPACA y al reconocimiento y pago de costas y agencias en derecho.

3. FUNDAMENTOS FÁCTICOS

Los supuestos fácticos que respaldan las pretensiones de la demanda se sintetizan de la siguiente manera:

El señor JOSÉ ANTONIO RINCÓN PÉREZ (fallecido) contrajo matrimonio con la señora MARÍA BEATRIZ ESPITIA DE RINCÓN el 11 de mayo de 1980 (fl.9), unión de la cual procrearon 4 hijos, quienes hoy día son todos mayores de edad, afirma la demandante.

Se establece que el señor JOSÉ ANTONIO RINCÓN PÉREZ, fue pensionado por la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional, a partir del 11 de julio de 1993 y

que fallece el día 22 de diciembre de 2010, como acredita el registro civil de defunción (fl.10)

Mediante Escritura Publica No. 1187 del 19 de Septiembre de 1995 otorgada en la Notaria Primera de Sogamoso, cuya copia obra en el expediente (fl.155-161) se disolvió y liquidó la sociedad conyugal, argumentando en la demanda que el 26 de enero del 2009, se inscribió el matrimonio civil ante la Registraduría de Sutamarchán.

En la demanda se sostiene que JOSÉ ANTONIO RINCÓN PÉREZ, el 26 de noviembre del 2010, es decir solo un mes antes de su fallecimiento, requirió ante CASUR, la actualización de datos, solicitando el retiro de la señora MARÍA BEATRIZ ESPITIA DE RINCÓN como beneficiaria del servicio de salud y pensión, agregando que el pensionado sostuvo dos relaciones paralelas, una con su cónyuge superviviente la señora MARÍA BEATRIZ ESPITIA RINCÓN y otra con su compañera permanente la señora FLOR ALBA CHIQUILLO ALVARADO.

Que la Señora MARÍA BEATRIZ ESPITIA en calidad de cónyuge superviviente, solicitó el 24 de marzo del 2011 a CASUR la sustitución de asignación de retiro del señor agente JOSÉ ANTONIO RINCÓN, sustentada en que el vínculo matrimonial no fue disuelto, petición que fue negada mediante Resolución No. 007294 del 7 de octubre de 2011, bajo el argumento que la cónyuge no acreditó la convivencia con el causante; posteriormente el 8 de Mayo de 2013 aportó la documentación necesaria para su reconocimiento de sustitución pensional, siendo nuevamente negada mediante oficio N° GST-SDP 1248 del 07 de junio de 2013 y en una tercera ocasión el 25 de julio del 2013 se presenta nueva reclamación administrativa y también fue negada mediante Oficio N° 2367.13 expedido el 21 de Noviembre de 2013.

Por su parte, CASUR argumenta que la decisión de negar el reconocimiento de la sustitución pensional a la señora MARÍA BEATRIZ ESPITIA, obedeció al hecho de que no cumplió con los requisitos exigidos en el artículo 11 parágrafo 2º literal a) del Decreto 4433 de 2004, ya que, con las pruebas aportadas al expediente administrativo se encontró que la demandante no convivía con el señor agente JOSÉ ANTONIO RINCÓN al momento de su muerte.

4. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

En sentir de la demandante, la entidad demandada ha violado las siguientes disposiciones constitucionales y legales:

Preámbulo y artículos 1, 2, 4, 6, 13, 42, 46, 48 y 53 de la Constitución Política; artículo 9º Ley 447 de 1998, Decreto 1212 de 1990, artículo 13 Ley 797 de 2003, Ley 923 de 2004, artículo 11 Decreto 4433 de 2004 y artículo 137 del CPACA.

Como concepto de violación señalo:

Que Colombia es un Estado Social de Derecho, fundado en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general.

Que son fines esenciales del Estado, servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos, y deberes consagrados en la Constitución, asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.

Que el artículo 48 constitucional habilita el carácter irrenunciable del derecho a la seguridad social y en esa misma dimensión el artículo 46 que constitucionaliza el amparo prevalente frente a la protección y asistencia de las personas de la tercera edad.

Indicó, que la actuación de la entidad demandada vulnera los derechos fundamentales de su poderdante, por cuanto desconoce y le resta validez a los documentos radicados por la Señora María Beatriz Espitia de Rincón, pues en sentir de CASUR no acreditó que estuvo conviviendo con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos inmediatamente anteriores a su muerte, además que la administración incurrió en infracción directa de la Ley, al establecer que no existió convivencia simultánea, lo que procedía era dar aplicación al parágrafo 2, literal b inciso 3 del Decreto 4433 de 2004 que establece una excepción a la regla general de convivencia, al permitirle al cónyuge sobreviviente que mantiene vigente el vínculo matrimonial, pero se encuentra separado de hecho, reclamar una cuota parte de la pensión en proporción al tiempo convivido, toda vez que el reconocimiento de la asignación de retiro del Señor JOSÉ RINCÓN se causó en vigencia del vínculo matrimonial, el cual solo se extinguió con la muerte del agente pensionado.

De igual manera, manifiesta que la Resolución No. 007294 del 7 de Octubre de 2011, mediante la cual se negó el reconocimiento de la sustitución de asignación de retiro a la demandante, se estructuró en dar por demostrado, sin estarlo, que la Señora María Beatriz Espitia de Rincón dejó de convivir desde el año 1995 con el causante, fecha en la que se disolvió y liquidó la sociedad conyugal, por lo que no se cumple el requisito establecido en el Decreto 4433 de 2004 artículo 11 parágrafo 2 literal a.

Advierte, que la separación de bienes no tiene la virtud de eliminar el vínculo matrimonial, ni mucho menos es causal de pérdida de la sustitución pensional, como quiera que los cónyuges pueden separarse de bienes, pero no de cuerpos, como según indica aconteció en el presente asunto y mantener situaciones de apoyo y ayuda mutua, conforme se demostró en las declaraciones extraproceso presentadas.

Concluye señalando que los actos enjuiciados no se ajustan a los principios de la Constitución y la Ley, pues a pesar de estar todo probado en debida forma el derecho que le asiste a la demandante en su calidad de cónyuge supérstite, en su sentir la entidad demandada le restó valor probatorio a los documentos allegados, pues *contrario sensu* encontró acreditada como compañera permanente a la Señora Flor Alba Chiquillo, con derecho a la sustitución de retiro, sin motivar el acto administrativo, ni señalar las condiciones de hecho que conllevaron a dicho reconocimiento.

Finalmente, solicita que en caso de acreditarse que a la demandante no le es aplicable el régimen especial establecido en el Decreto 4433 de 2004, le sea aplicable el régimen general de la Ley 797 de 2003 en virtud del principio de *favorabilidad*, toda vez que dicha normativa no exige que los 5 años de convivencia deban satisfacerse previos al fallecimiento, sino en cualquier época teniendo de presente que el vínculo matrimonial con todos sus efectos se encontraba vigente al momento del reconocimiento de la asignación de retiro y que al momento del fallecimiento del causante no se habían divorciado.

5. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

LA CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE LA POLICIA NACIONAL (fls. 80 a 89) mediante apoderado judicial contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones formuladas por la demandante, indicando que la Señora María Beatriz Espitia de Rincón, no tiene derecho a la sustitución de asignación de retiro, por cuanto no cumplió con los requisitos de tiempo, para ser acreedora de la misma, pues se encontró que la demandante se encontraba separada del extinto policial, por lo menos desde el año 1995, de lo cual da cuenta el hecho 3 de la demanda de cesación de efectos civiles de matrimonio católico, radicada en el Juzgado Primero Promiscuo de Familia de Sogamoso con el No. 157593184110-2010-00069-00 y la

escritura pública No. 1187 del 19 de Septiembre de 1995 protocolizada en la Notaria Primera de Sogamoso, por la cual se liquidó la sociedad conyugal conformada entre el causante y la demandante.

Así pues, señaló que resulta obvio que la Señora MARÍA BEATRIZ ESPITIA y el Señor JOSE ANTONIO RINCON PEREZ se encontraban separados de cuerpos al momento de la muerte del causante y desde varios años atrás, por lo que la demandante no acredita el requisito establecido en el Decreto 4433 de 2004, toda vez que no demostró una convivencia ininterrumpida superior a los cinco (5) últimos años de la muerte del causante.

Propuso como excepciones previas: *Ineptitud sustantiva de la demanda por ausencia de cuestionar el acto administrativo que debió demandarse y Falta de Legitimación en la causa por activa del demandante (folios 85 a 87).*

Por su parte, la señora FLOR ALBA CHIQUILLO ALVARADO, vinculada por tener interés directo en el resultado del proceso, quien mediante apoderado contestó el libelo, oponiéndose a todas las pretensiones de la demanda, manifestando que si bien es cierto la demandante presuntamente ostentaba la calidad de cónyuge superviviente del Señor José Rincón, esto por sí solo no le concede el derecho a la pensión porque mediante escritura No. 1195 del 19 de Septiembre de 1995 se disolvió y liquidó la sociedad conyugal del causante y la demandante, por lo que no se cumple el requisito establecido en el artículo 13 de la Ley 797 de 2003 el cual modifica el artículo 47 de la Ley 100 de 1993.

Resalta que según la normatividad referida, lo que otorgaría el derecho a una cuota parte de la pensión de sobrevivientes es la vigencia de la sociedad conyugal, sin embargo mediante escritura 1195 del 19 de Septiembre de 1995 se disolvió y liquidó la sociedad existente entre el causante y la demandante, por lo que no tendría derecho al reconocimiento de sustitución de asignación de retiro.

Afirma, que la presunta convivencia simultánea no existió, en tanto que el causante conforme se extracta de las pruebas, no vivía en Pesca, sino en Monguí, agrega que la convivencia fue exclusivamente con Flor Alba Chiquillo Alvarado desde 1993 como lo declararon en escritura pública 2202 del 31 de Agosto de 2007 elevada ante la Notaria Segunda del Circulo de Sogamoso, en donde se indicó que su residencia era la vereda San Isidro de Monguí.

Anota que el mismo JOSE RINCON y la Señora FLOR ALBA CHIQUILLO declararon la unión marital de hecho, lo cual indica que la misma si existió, situación que contradice las declaraciones extra juicio presentadas por la ahora demandante, en las que se declaró que la supuesta convivencia entre ella y el causante se desarrolló en el Municipio de Pesca.

Manifiesta, que las declaraciones extra proceso de convivencia ininterrumpida, son contradictorias ya que en la escritura pública 1195 del 19 de Septiembre de 1995 mediante la cual se disolvió y liquidó la sociedad conyugal, el causante y la demandante señalaron que estaban separados de hecho.

Concluye, indicando que la demandante no tiene el requisito de dependencia económica, por cuanto fue pensionada mediante Resolución No. 4967 de 1 de Enero de 2012 expedida por los Seguros Sociales, de lo cual se deduce que la Señora no dependía económicamente del causante, pues en su momento laboraba y devengaba un salario propio, como para que se le otorgara una pensión.

Finalmente, propuso las excepciones denominadas "*falta interés jurídico y ausencia de fundamento sustantivo en las pretensiones, falta de legitimación en la causa por activa del demandante y ausencia de los presupuestos para acceder a la pensión de sobrevivientes*" (fls. 148 a 152).

6. TRÁMITE PROCESAL

La demanda fue radicada ante la Oficina de Apoyo Judicial de Bogotá el 16 de Septiembre de 2014 (fl.36), siendo asignada por reparto al Juzgado Quince Administrativo de Oralidad del Circuito de Bogotá, Despacho que por auto del 6 de Marzo de 2015 ordenó remitir por falta de competencia territorial, a los Juzgados Administrativos del Circuito de Duitama (fls.52 y 53) correspondiéndole por reparto al Juzgado Administrativo Sección Única Oral de Descongestión de Duitama (fl. 64) siendo admitida por auto del 15 de Julio de 2015 y ordenándose correr traslado de la solicitud de medida cautelar presentada por la parte demandante (fls. 66, 67 y 68).

Posteriormente, en virtud de la extinción del Juzgado Administrativo Sección Única Oral de Descongestión de Duitama, este Despacho mediante providencia del 14 de marzo de 2016 avocó conocimiento del medio de control de la referencia (fl. 105); el 12 de Agosto de 2016 se resolvió la medida cautelar solicitada por la parte demandante (fls. 188 y 189); el 18 de Octubre de 2016 se llevó a cabo audiencia inicial (fls. 216 a 220); el 15 de Noviembre de 2016 se celebró la audiencia de pruebas (fls. 233 a 240) y el 13 de Diciembre de 2016 se continuo con la audiencia de pruebas en donde se dispuso prescindir de la audiencia de alegaciones y juzgamiento y se ordenó correr traslado a las partes para que presentaran alegatos de conclusión y al Ministerio Público para que rindiera concepto (fls.246 a 248).

7. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

La **parte demandante** presentó alegatos de conclusión reiterando los argumentos de la demanda y señalando que se encuentra acreditado que es una persona de la tercera edad, con 64 años de edad, que convivió 30 años con el causante, que procrearon 4 hijos, que la asignación de retiro se reconoció a partir del 11 de Julio de 1993, que posteriormente liquidaron y disolvieron la sociedad conyugal en el año 1995, que no existe sentencia de divorcio, que figuraba como beneficiaria de los servicios de salud a cargo de su cónyuge, que el causante vivió de forma simultánea con su cónyuge y compañera permanente y que mediante declaraciones extra juicio ratificadas en el proceso se demostró la convivencia entre María Beatriz Espitia y José Antonio Rincón Pérez en los últimos años de vida.

Indica que si bien, no es materia de discusión que se liquidó la sociedad conyugal con el causante, no lo es menos que la separación de bienes no elimina el vínculo matrimonial, pues en el presente asunto no hubo separación de cuerpos ya que se mantuvo la situación de apoyo y ayuda mutua conforme se demostró con las declaraciones extra proceso presentadas en la entidad y los testimonios rendidos de las personas que dada su cercanía, tuvieron percepción directa y personal de las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que ocurrieron los hechos, de lo cual se concluye que existió una convivencia simultánea entre el causante y la demandante durante los últimos cinco años anteriores al fallecimiento del Señor Rincón, sin que este se hubiera separado de hecho ni divorciado (fls. 249 a 251).

La **Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional**, no presento alegatos de conclusión en esta oportunidad procesal.

Flor Alba Chiquillo Alvarado, alegó de conclusión reiterando los argumentos esbozados en la contestación de la demanda y manifestando que el Decreto 4433 de 2004 en su artículo 12 establece las circunstancias por las que se pierde la calidad

de beneficiario de la sustitución de asignación de retiro dentro de las cuales se encuentra "cuando lleven cinco (5) o más años de separación de hecho" que se cumple en este caso ya que la demandante no convivía con el Señor JOSE RINCON desde 1992, por lo que ya había perdido la condición de beneficiaria.

Señaló, que los testimonios presentados por la parte demandante carecen de credibilidad, pues es evidente que desconocen las circunstancias de la demanda y son contradictorios ya que el objeto de la prueba era demostrar la convivencia de los últimos 5 años anteriores a la muerte del Señor Rincón, lo cual no se pudo demostrar y mucho menos desvirtuar la ilegalidad del acto administrativa atacado.

Concluye, indicando que los testimonios practicados en favor suyo son claros, fiables e idóneos y desvirtúan la presunta convivencia de la demandante con el causante así como el lugar de residencia indicado en el escrito de demanda.

8. CUESTION PREVIA

Antes de determinar el problema jurídico que debe resolverse por el Despacho, se advierte que por error involuntario, se omitió resolver en audiencia inicial la excepción previa propuesta por el apoderado de la entidad demandada de "Ineptitud sustantiva de la demanda por ausencia de cuestionar el acto administrativo que debió demandarse" omisión que no fue advertida por la parte interesada en las etapas de saneamiento del proceso bajo las reglas del Art. 207 del CPACA, empero no es óbice para que en aras de la validez del proceso, se resuelva en esta etapa del proceso.

La excepción se fundamenta en que el acto que generó el agravio expresado por la demandante, corresponde a la Resolución No. 7294 del 7 de Octubre de 2011, al que negó el reconocimiento de la sustitución de la asignación de retiro, el cual debió ser cuestionado, ya que no se le reconoció el derecho pretendido y se dejaron de pagar y reconocer los emolumentos que hoy alega y no esperar que transcurrieran 4 años para formular nueva reclamación y provocar un pronunciamiento de la administración, buscando revivir términos.

Además de que los conceptos que reclama la demandante no pueden estimarse como prestaciones periódicas, que lo habilite para demandar en cualquier tiempo, además indica que ante una eventual periodicidad de los emolumentos que reclama, estos desaparecieron con la ejecutoria de la Resolución No. 7294 del 7 de Octubre de 2011, luego entonces quedaba sometido a la regla procesal de la caducidad de las acciones de nulidad y restablecimiento es decir de los 4 meses.

Para resolver este aspecto, se observa que la demandante pretende la nulidad de 3 actos administrativos a saber: Resolución No.7294 del 7 de Octubre de 2011, que reconoció una sustitución de asignación de retiro a la señora Flor Alba Chiquillo Alvarado en cuantía equivalente al 50% del total de la prestación que devengaba el extinto Agente (r) José Antonio Rincón Pérez y negó a la demandante tal prestación y los Oficios No. GST-SDP1248 del 7 de junio de 2013 y No. 236713 del 21 de noviembre de 2013, por medio de los cuales se le negó el reconocimiento de la referida sustitución de asignación de retiro en calidad de cónyuge supérstite.

Precisado lo anterior, se evidencia que si bien es cierto a la demandante se le negó el reconocimiento de la sustitución de asignación de retiro mediante la Resolución atacada de nulidad, no lo es menos que frente a la anterior solo procedía el recurso de reposición el cual según el inciso final del artículo 76 del CPACA no es obligatorio agotar, por lo que podría solicitar nuevamente el reconocimiento de tal sustitución en su favor, como quiera que el derecho que se reclama corresponde a una prestación

periódica, la cual no se ve afectada por el fenómeno de caducidad¹, pudiéndose reclamar entonces en cualquier tiempo por la interesada, tal y como lo efectuó mediante las peticiones posteriormente presentadas, las cuales fueron resueltas de forma desfavorable mediante los oficios, que también son demandados.

Así pues, el medio exceptivo no está llamado a prosperar, ya que a la sustitución de asignación de retiro, no le es aplicable la regla procesal de los 4 meses y por ende no se avizora que se revista término alguno, porque como se explica, el legislador no previó término de caducidad para la reclamación judicial de prestaciones periódicas como lo es la esta asignación de retiro post-mortem, por lo que la excepción propuesta no está llamada a prosperar.

Advierte el Despacho, que los tres actos administrativos demandados, son susceptibles de ser estudiados por esta Jurisdicción, en tanto que estos niegan un derecho reclamado a la sustitución de asignación de retiro pretendida por la demandante.

9. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico se contrae a determinar si la señora MARÍA BEATRIZ ESPITIA RINCÓN beneficiaria en calidad de cónyuge supérstite de la sustitución de la asignación de retiro que venía percibiendo en vida el señor Agente de la Policía Nacional JOSÉ ANTONIO RINCÓN PÉREZ, fallecido el 22 de Diciembre de 2010, prestación que fue otorgada a la nueva compañera permanente FLOR ALBA CHIQUILLO ALVARADO.

Para llegar a una decisión respecto del conflicto planteado el Despacho analizara el marco normativo y jurisprudencial del régimen especial de la sustitución pensional de los miembros de la fuerza pública para finalmente descender al caso concreto.

10. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL DE LA SUSTITUCIÓN PENSIONAL DE LOS MIEMBROS DE LA FUERZA PÚBLICA.

En relación con el derecho a la sustitución pensional el Consejo de Estado² ha precisado que éste se constituye como un mecanismo de protección a los familiares del trabajador pensionado, ante el posible desamparo en que puedan quedar por razón de la muerte de éste pues al ser beneficiarios del producto de su actividad laboral, traducido en la mesada pensional, dependen económicamente de la misma para su subsistencia. Es una protección directa a la familia, cualquiera que sea su origen o fuente de conformación, matrimonio o unión de hecho.

Se tiene de presente, que el Sistema General de Seguridad Social en materia de pensiones, se encuentra establecido en la Ley 100 de 1993 modificada por la Ley 797 de 2003, no obstante la Constitución Política y las normas referidas reconocen que los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional tienen un régimen especial, desarrollado por la Ley 923 de 1994 y el Decreto 4433 de 2004.

¹Artículo 164. Oportunidad para presentar la demanda. La demanda deberá ser presentada:

1. En cualquier tiempo, cuando:

a) Se pretenda la nulidad en los términos del artículo 137 de este Código;

b) El objeto del litigio lo constituyan bienes estatales imprescriptibles e inenajenables;

c) Se dirija contra actos que reconozcan o nieguen total o parcialmente prestaciones periódicas. Sin embargo, no habrá lugar a recuperar las prestaciones pagadas a particulares de buena fe;(...)

² Sección Segunda – Subsección B, Sentencia del 25 de julio de 2013, Expediente No. 17001-23-31-000-2007-00006-02(2217-12), Consejera Ponente: Doctora Bertha Lucía Ramírez de Páez (E).

El régimen especial aplicable a la Fuerza Pública, respecto de la asignación de retiro³, la cual ha sido entendida como *"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, por lo tanto se asimila a la pensión de vejez o de jubilación para los miembros de la fuerza pública, cuyo orden especial se limita a regular las pensiones de invalidez y sobrevivientes"*⁴.

La Corte Constitucional en Sentencia T- 802 de 2011, siendo Magistrada Ponente la Doctora María Victoria Calle Correa, precisó que la sustitución de la asignación de retiro, constituye una prestación económica cuya finalidad es asimilable a la de la pensión de sobrevivientes reconocida en el Sistema General de Pensiones.

El artículo 40 del Decreto 4433 de diciembre 31 de 2004, norma que fijó el *régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública*, establece que en el momento en que se produce la muerte de un Oficial, Suboficial, miembro del Nivel Ejecutivo, Agente o alumno de la escuela de formación de la Policía Nacional y que se encuentren gozando de asignación de retiro o pensión, sus **beneficiarios** en el orden y proporción establecidos en el artículo 11 *idem*, tendrán derecho a una pensión mensual que será pagada por la entidad correspondiente, equivalente a la totalidad de la asignación que venía disfrutando el causante.

Dicho lo anterior, frente a los beneficiarios de la sustitución de la asignación de retiro, el artículo 11 parágrafo 2º del Decreto 4433 de 2004, señala que para efectos de la sustitución de dicha prestación periódica, 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; (Negrillas del Despacho)*

(...)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".

³ Corte Constitucional, Sentencia T-802/11 Magistrada Ponente: MARÍA VICTORIA CALLE CÓRREA del 21 de octubre de 2011.

⁴ Corte Constitucional, Sentencia C-432 de 2004, Magistrado Ponente: doctor (a)..... En esa sentencia la Corte analizó una demanda de inconstitucionalidad contra los artículos del Decreto No. 2070 de 2003 que regulaban la asignación de retiro para los miembros de la Fuerza Pública, argumentando que esas normas vulneraban el principio de igualdad, por cuanto establecían un tratamiento preferencial desproporcionado a favor de los miembros de la Fuerza Pública y en contra de los demás servidores públicos. Entre otros argumentos, el demandante sostuvo que la asignación por retiro no es una prestación social asimilable a una pensión sino un pago por el retiro, asignación que consideró inconstitucional porque, en su concepto, discrimina a los demás servidores públicos. Respecto de este argumento, la Corte aclaró que la naturaleza jurídica de la asignación de retiro es la de una prestación social que se asimila a la pensión de vejez, refutando la posición que al respecto planteó el demandante. Sin embargo, declaró la inconstitucionalidad del Decreto 2070 de 2003, porque consideró que en los artículos 217 y 218, así como en el artículo 150, numeral 19, literal e, de la Constitución Política, se radicó en el Congreso de la República la función de establecer mediante una ley marco, *"las normas generales y los objetivos y criterios a que debe sujetarse el Gobierno Nacional en la fijación del régimen salarial y prestacional de los miembros de la fuerza pública."*, razón por la cual, el Gobierno no podía expedir dicha norma por medio de un decreto ley.

Ahora bien, es importante destacar que el H. Consejo de Estado, ha indicado que cuando existe un conflicto entre potenciales titulares del derecho a la sustitución pensional, se deberá acoger la tesis según la cual el factor determinante para dirimir la controversia, es la prueba de la existencia de la real convivencia dentro de un espíritu de apoyo, unión y comprensión existente entre la pareja al momento de la muerte del pensionado.

La Alta Corporación en Sentencia de julio 22 de 2010⁵, señaló:

"La pérdida del derecho a la sustitución pensional para el cónyuge superviviente se produce cuando haya existido separación legal y definitiva de cuerpos o no hubiere vida en común con el fallecido al momento del deceso, salvo cuando los hechos que dieron lugar al divorcio, a la separación de cuerpos, o a la ruptura de vida en común se hubieren causado sin culpa imputable al cónyuge que reclama la pensión. Esta situación exceptiva de la norma requiere como lo ha sostenido esta Subsección "de pruebas fehacientes y no de simples suposiciones"⁶.

De acuerdo con la normativa en precedencia, la legitimación para sustituir la pensión de jubilación de los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares y de Policía radica en primer lugar, a falta de hijos con derecho, exclusivamente en cabeza del cónyuge superviviente, pues la norma no incluye a la (el) compañera (o) permanente.

A pesar de lo anterior, la Sala en anteriores oportunidades ha precisado que la interpretación normativa debe hacerse atendiendo lo previsto en la Constitución Política de 1991, a partir de la cual tomó especial importancia, bajo un marco de igualdad jurídica y social, la familia constituida por vínculos naturales. Esta orientación fue expresada en sentencia del 28 de agosto de 2003, con la siguiente argumentación:

"(...) Este cambio consiste en que debe reconocerse a la compañera permanente el derecho a la sustitución pensional. Los artículos 13 y 42 de la Constitución Política permiten afirmar la legitimidad de la compañera permanente para reclamar su derecho a la sustitución pensional. Ella goza de los mismos derechos prestacionales que le corresponden a la cónyuge superviviente, posición que fue afirmada por los desarrollos normativos ulteriores en materia de régimen de personal de la Policía Nacional.

En este sentido puede verse el artículo 110 del Decreto 1029 de 1994, por el cual se expidió el Régimen de asignaciones y prestaciones para el Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional, que, en lo pertinente, dice:

"Art. 110. Definiciones. Para los efectos legales de este estatuto se entiende por:

Familia. Es la constituida por el cónyuge o compañero permanente del miembro del nivel ejecutivo, lo mismo que por sus hijos menores de veintiún (21) años, los estudiantes hasta la edad de veinticuatro (24) años y los hijos inválidos absolutos, siempre y cuando unos y otros dependan económicamente del miembro del nivel ejecutivo.

Art. 111. Reconocimiento derechos prestacionales. A partir de la vigencia de este Decreto, los derechos consagrados en los Decretos ley números 1211, 1212, 1213 y 1214 de 1990 para el cónyuge y los hijos de los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, se reconocerán y pagarán a la familia, de conformidad con la definición contenida en el artículo 110 de este Decreto.

(...)

⁵ Subsección B, radicado interno 1785-2008, CP Dr. Gerardo Arenas Monsalve.

⁶ "Sentencia, del 2 de octubre de 2008. Radicación Número: 25000-23-25-000-2000-02678-01(4335-04) C.P. Jesús María Lemos Bustamante."

Se agrega a lo anterior que otras disposiciones de alcance general ya reconocían a la compañera permanente como beneficiaria de la sustitución pensional, tal como aparece en las leyes 12 de 1975 (artículo 1), 113 de 1985 (artículo 2), 71 de 1988 (artículo 3) y 100 de 1993 (artículo 74). Estos desarrollos normativos permiten advertir una tendencia muy clara del derecho colombiano respecto al reconocimiento pleno de los derechos de los compañeros permanentes⁷.

Así las cosas, el derecho a la sustitución pensional busca impedir que sobrevinida la muerte de uno de los miembros de la pareja, el otro se vea impelido a soportar no sólo la carga espiritual que proviene del dolor por la ausencia definitiva de la persona que atendía el sostenimiento del grupo familiar, sino aquella carga material que implica asumir de manera individual las obligaciones que conlleva el mantenimiento propio y el de la familia, por lo cual se ha considerado, que el factor determinante para establecer qué persona tiene derecho a la sustitución pensional en casos de conflicto entre el cónyuge supérstite y la compañera o compañero permanente es el compromiso de apoyo afectivo y de comprensión mutua existente entre la pareja al momento de la muerte de uno de sus integrantes⁸. (Subrayado con el texto citado).

De lo anterior, se concluye que los derechos de la seguridad social tanto para cónyuges como para compañeros permanentes se deben tener en cuenta en igualdad de condiciones, no obstante cuando haya conflicto para el reconocimiento de la sustitución de asignación de retiro, se deberá verificar quien fue la persona que apoyo y acompañó al titular de la prestación al momento de su muerte, así como la dependencia económica de las beneficiarias en disputa, lo cual corresponde a un criterio material de convivencia y no a un mero criterio formal del vínculo.

11. CASO CONCRETO

De conformidad con el material obrante en el plenario, se encuentra probado lo siguiente:

- El señor JOSÉ ANTONIO RINCÓN PÉREZ q.e.p.d., contrajo matrimonio con la señora MARÍA BEATRIZ ESPITIA DE RINCÓN el 11 de mayo de 1980, tal como consta en el registro civil de matrimonio número 04557174, obrante a folio 9 del expediente.
- La Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional, le reconoció al Señor JOSÉ ANTONIO RINCÓN PÉREZ (q.e.p.d) asignación de retiro mediante Resolución No. 2571 del 15 de Julio de 1993, efectiva a partir del 11 de julio de 1993 (fls19 a 23 CD expediente administrativo visible a folio 102)
- Mediante Escritura Publica No. 1187 del 19 de Septiembre de 1995, se disolvió y liquidó la sociedad conyugal entre la Señora MARÍA BEATRIZ ESPITIA DE RINCÓN y el causante, tal y como consta a folios 155 a 161 del expediente.
- Que ante la Notaria Segunda del Círculo de Sogamoso, el causante y la Señora Flor Alba Chiquillo Alvarado, en escritura pública No. 2.202 el 31 de Agosto de 2007 manifestaron de forma conjunta libre y voluntariamente que a partir del mes de Mayo de 1993 han establecido comunidad de vida permanente y que de dicha unión marital de hecho nacieron dos hijos JENNY LIZETH RINCON CHIQUILLO y MARCO TULIO RINCON CHIQUILLO, documento que obra a folios 119 y 120 del expediente.

⁷ "Sent. 200012331000199803304 01 (6082-2002). C.P. Jesús María Lemos Bustamante."

⁸ "Consejo de Estado, Sección Segunda. Subsección B. No. Interno: 0638-2008. C.P. Gerardo Arenas Monsalve."

- El 7 de Abril de 2010, el Juzgado Primero Promiscuo de Familia del Circuito de Sogamoso admitió la demanda de cesación de efectos civiles en matrimonio religioso - divorcio adelantado por el causante en contra de la aquí demandante, radicado bajo el No. 157593184110-2010-0069, como consta en la certificación expedida por ese Despacho, obrante a folio 102 del expediente.
- El 23 de Noviembre de 2010, el Señor JOSÉ ANTONIO RINCÓN PÉREZ (q.e.p.d), presentó declaración extra proceso No. 5311, en la cual indica que está separado de hecho desde hace 19 años de la Señora MARÍA BEATRIZ ESPITIA RINCON, que ya se liquidó la sociedad conyugal mediante Escritura Publica No. 1187 del 19 de Septiembre de 1995 y que no responde económicamente por ella como tampoco es su beneficiaria en salud y pensión, dicha declaración obra a folio 44 del CD que contiene el expediente administrativo aportado por la entidad demandada el cual obra a folio 102 del expediente.
- El mismo 23 de Noviembre de 2010, el Señor JOSÉ ANTONIO RINCÓN PÉREZ (q.e.p.d), presentó declaración extra proceso No. 5312, en la cual indica que su estado civil es separado de hecho desde hace 19 años y que desde hace 18 vive en unión libre con la Señora Flor Alba Chiquillo Alvarado, quien no trabaja y depende económicamente de él, tal declaración es visible a folio 122 del expediente así como a folio 45 del CD que contiene el expediente administrativo aportado por la entidad demandada el cual obra a folio 102 del expediente.
- El pensionado JOSE RINCON, el 26 de noviembre del 2010 requirió ante CASUR, la actualización de datos, solicitando el retiro de la señora MARÍA BEATRIZ ESPITIA DE RINCÓN como beneficiaria del servicio de salud y pensión, como se observa a folio 19 del expediente.
- El día 22 de diciembre de 2010, el Señor agente JOSÉ ANTONIO RINCÓN PÉREZ, fallece como consta en el registro civil de defunción No. 4951986 obrante a folio 10 del expediente.
- Que las señoras MARÍA BEATRIZ ESPITIA RINCON en calidad de cónyuge supérstite y Flora Alba Chiquillo Alvarado en su condición de compañera permanente del señor JOSÉ ANTONIO RINCÓN PÉREZ (q.e.p.d), se presentaron a reclamar la sustitución pensional causada por el fallecimiento del pensionado; solicitud que fue resuelta por la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional mediante la Resolución No. 007294 del 7 de octubre de 2011 (fls. 3 a 5) en la que se reconoció la sustitución de asignación de retiro a la señora Flor Alba Chiquillo Alvarado en cuantía equivalente al 50% del total de la prestación que devengaba el extinto Agente (r) José Antonio Rincón Pérez y se negó a la cónyuge MARÍA BEATRIZ ESPITIA RINCON tal prestación, al no acreditar la convivencia con el causante durante los 5 años anteriores a su fallecimiento.
- Que en consecuencia de lo anterior, la demandante el día 8 de Mayo de 2013 presentó reclamación administrativa solicitando el reconocimiento de sus derechos (fl.216 a 220 CD expediente administrativo), siendo negada nuevamente la sustitución de la asignación de retiro, mediante oficio N° GST-SDP 1248 expedido el 07 de junio de 2013 (fl. 6).

- Que la demandante, el día el 25 de julio del 2013 presentó de nuevo la reclamación administrativa, reivindicando su derecho al reconocimiento de la sustitución de la asignación de retiro a CASUR (fls. 231 a 234 CD expediente administrativo), siendo negada de forma reiterada por la entidad demandada mediante Oficio N° 2367.13 expedido el 21 de Noviembre de 2013 (fl. 7).

De igual manera, se tiene que para demostrar su derecho a la sustitución de asignación de retiro devengada por el causante en vida, la Señora MARÍA BEATRIZ ESPITIA RINCON, en calidad de cónyuge supérstite y la Señora FLOR ALBA CHIQUILLO ALVARADO, en su condición de compañera permanente del Agente @ JOSE ANTONIO RINCON PEREZ, allegaron ante la administración documentos y declaraciones extra proceso, las cuales podrían resumirse así:

- **Declaración extra proceso rendida por la cónyuge supérstite**, (fl.13-14) en la que señala: *"fui casada por los ritos católicos con el Señor José Antonio Rincón Pérez, quien falleció el 21 de Diciembre de 2010 en Sogamoso, conviví bajo el mismo techo con mi difunto esposo desde el año 1974 hasta diciembre de 2010 en el Municipio de Pesca, con el compartimos techo, lecho y mesa hasta el momento de su fallecimiento"*.
- Declaraciones de los Señores Alberto Vargas, María Pureza López de Plazas y María del Carmen Martínez de Vargas, que obran en el expediente a folios 15 a 18 quienes manifiestan que conocieron a la Señora María Beatriz Espitia y al difunto José Antonio Rincón Pérez, desde el año 1981, que les consta que convivieron bajo el mismo techo desde 1974 hasta 2010, año en que murió el Señor José Antonio Rincón Pérez en el Municipio de Pesca y que procrearon 4 hijos, todos mayores de edad para la fecha en que declararon (2011).
- **Declaración extra proceso No. 5786 rendida por la Señora Flor Alba Chiquillo Alvarado**, en la que manifestó que vivió en unión libre durante 19 años con el Señor José Antonio Rincón Pérez de la cual nacieron 2 hijos, que convivió y compartió techo, lecho y mesa desde el día 15 de Febrero de 1991 hasta el día de 22 de Diciembre de 2010 fecha de su fallecimiento y que dependía económicamente de él.
- Declaraciones extra proceso de los Señores CARLOS RODRÍGUEZ Y DIEGO MARÍA BARRIOS, que obran a folios 54 y 56 del CD obrante a folio 102 del expediente en la que manifiestan que conocían al Señor JOSE ANTONIO RINCON desde hacía 35 y 55 años respectivamente, que les consta que al momento de su muerte era casado pero que vivió en unión libre con la Señora Flor Alba Chiquillo Alvarado durante 20 años, que tuvieron 2 hijos, que hicieron vida marital y que convivieron y vivieron en Monguí desde el 15 de Febrero de 1991 hasta la muerte del Señor José Antonio Rincón Pérez es decir el 22 de Diciembre de 2010.

Por otro lado, en audiencia de pruebas celebrada el 15 de Noviembre de 2016, se practicaron los siguientes **testimonios**:

- **Para demostrar la convivencia con la cónyuge supérstite.**

ALBERTO VARGAS y MARÍA DEL CARMEN MARTÍNEZ DE VARGAS, personas llamadas como testigo con el fin de ratificar lo manifestado en las declaraciones extra proceso presentadas como pruebas en este proceso:

La Señora **MARÍA DEL CARMEN MARTÍNEZ DE VARGAS** al ser interrogada sobre el núcleo familiar del Señor José Antonio Rincón y la relación material y afectiva para con sus familiares, señaló

"que cuando conoció a la demandante, llegaron a Pesca con el causante junto con dos niños y luego nacieron dos niños más y fueron amigos, él llegaba a la tienda un restaurante, los fines de semana". Preciso que los conocía desde 2009 - 2010, que ellos vivían allí, él iba a Pesca por sus niños, trabajaba como Policía en Sogamoso e iba siempre los fines de semana y salían a comer a pasear (Minuto 00:20:00 al minuto 00:26:36 del CD a folio 240 del expediente).

En lo que respecta a la convivencia precisó:

"ellos vivían en Pesca, yo lo veía que iba todos los fines de semana pues como él era policía trabajaba, pero iba todos los fines de semana a ver a la Señora y a los niños y nos saludábamos, de igual manera manifestó que no le constaba que se hubieran separado o divorciado, que se murió sí, pero que se hayan separado no, como tampoco si vivía con otra Señora. (Minuto 00:23:07 al minuto 00:25:27 del CD a folio 240 del expediente). Así mismo, frente a las manifestaciones como pareja, señaló que el causante trataba bien a la demandante, que no los vio de pelea nunca, que iba a la tienda y que eran buena pareja.

El Despacho la interroga acerca de si le constaba para la fecha de fallecimiento del Señor José Antonio Rincón, quien era su compañera sentimental, frente a lo cual contesto: "la señora Betty, que yo sepa yo nunca lo vi con otra señora y la verdad yo ni supe de que él hubiera tenido alguna otra señora" (Minuto 00:25:29 al minuto 00:26:09 del CD a folio 240 del expediente).

Finalmente, señala que supo de la muerte del Señor José Antonio Rincón, tiempo después, ya que ella se la pasaba en su trabajo y que decían que falleció en Monguá, lo cual señala no le consta. Minuto 29:51.

A su turno, el Señor **ALBERTO VARGAS**, respecto de la vida familiar del causante, señaló que le constaba que el causante era el esposo de la demandante, que lo conoció como policía, que llevaban con ellos un tiempo de trato, que iba a la casa de él, departían onces y que lo invitaron a comer en una navidad sin precisar fechas (Minuto 39:34 al minuto 40:21 del CD a folio 240 del expediente).

Frente a la pregunta realizada por el Despacho, respecto de hace cuánto y cómo conoció al causante, contesto: "la verdad la fecha exacta no, pero me acuerdo que ellos eran muy amigos con una tía mía, que iba a ofrecerles mercado porque ella iba a la plaza y entre semana vendía y ella empezó a llevarme a mí y pues así empecé a conocer a los niños y a Don Antonio, refiere que eso fue más o menos para 1990 pues estaba en el colegio". (Minuto 40:42 al minuto 41:37 del CD a folio 240 del expediente).

En lo que respecta a la convivencia precisó:

"que era el esposo y venía seguido a visitar a la señora, mejor dicho estaba conviviendo con la Señora Betty, y pues él por su trabajo no estaba todas las noches ahí, pero todos los fines de semana yo lo veía, que salía con los niños" (Minuto 44:16 al minuto 44:51 del CD a folio 240 del expediente).

El Despacho lo interroga acerca de si le constaba para la fecha de fallecimiento del Señor José Antonio Rincón, quien era su compañera sentimental, frente a lo cual contesto: "no puedo decir nada, porque en el año 2010 me toco irme para Bogotá con un hermano pues a mediados de Septiembre le hicieron una operación de cáncer, ya cuando volví de Bogotá me enteré que el señor había fallecido" (Minuto 00:46:21 al minuto 00:47:48 del CD a folio 240 del expediente).

De igual manera, manifestó que no le constaba que el Señor José Antonio Rincón se hubiera separado o divorciado de la demandante (*Minuto 00:48:15 al minuto 00:48:20 del CD a folio 240 del expediente*).

Frente a las fechas de convivencia interrogadas por el apoderado de la parte demandante indicó: *"no sabría decirle, no me acuerdo exactamente"* Minuto 48:40.

• **Relación de testimonios, para demostrar la convivencia con la Compañera Permanente**

Carmen Olga Chaparro Zipagauta, Ana Tulia Maldonado y Mercedes Álvarez.

La Señora **ANA TULIA MALDONADO**, indicó que conocía al causante desde el año 1998 por amistad y que él vivía con la Señora Flor Alba Chiquillo Alvarado en Monguí, que cuando él viajaba para Sogamoso iban a su lugar de residencia, es decir Sogamoso, él siempre llegaba a su casa, cuando los conoció ya tenían a la niña y luego nació el niño Marco Tulio, precisó: *"en el embarazo de ella, ella siempre venía a Sogamoso y como no tenían casa donde quedarse, siempre llegaban a hospedarse en mi residencia"* Minuto 59:30

Señaló, que luego el Señor José Antonio Rincón se empezó a enfermar de un riñón más o menos en 2006, *tuvieron que hacerle cirugía y siempre lo acompañaba la Señora Chiquillo y como los niños eran pequeños se los dejaban a ella para cuidarlos mientras ella iba a Bogotá*, manifiesta que posteriormente en 2009-2010 enfermó de un brazo, porque a él, le dio cáncer que alcanzó sus huesos, así mismo señaló que cuando volvían de Bogotá se hospedaban en su casa ya que para la hora en que llegaban ya no había transporte para Monguí Minuto 01:01:24.

Afirmó que:

"él tenía que ir a citas y quimios a Bogotá y que la Señora Flor Alba Chiquillo Alvarado siempre lo acompañaba a las citas médicas, tenían que ir a Tunja a sacarse las placas a tomarse todos los exámenes, tenía que ir a Bogotá a las quimios, él se enfermó mucho, duro hospitalizado y le hicieron diferentes cirugías e incluso estuvo en cuidados intensivos luego el empezó a enfermar más y cuando llegaron duraron viviendo en mi casa un mes porque por el frío él no podía ir a Monguí por el cáncer mientras conseguían apartamento, luego consiguieron apartamento y se fueron a vivir al barrio los rosales acá en Sogamoso, después siempre lo visitaba y mientras duro viviendo en mi casa yo cuidaba al Señor mientras la Señora Flor Alba iba a Monguí, es decir sus desayunos, su alimentación especial" (Minuto 01:01:26 al minuto 01:03:06 del CD a folio 240 del expediente).

Señala que el Señor Rincón falleció en diciembre de 2010 y que siempre conoció a la Señora Flor Chiquillo, quien fue la que acompañó al causante junto con su hija y que no conoció otra persona cuidando de él (*Minuto 01:03:08 a Minuto 01:03:29*)

Respecto de lo interrogado por el apoderado de la Señora Chiquillo, sobre si le constaba sobre la convivencia de ellos, la testigo manifestó que el causante y la señora en mención compartían lecho, techo y mesa y que ella dependía económicamente de él (*Minuto 01:06:57 a Minuto 01:07:22*)

Finalmente, frente a lo interrogado por el apoderado de la parte demandante, la testigo indico que siempre conoció al causante viviendo con la Señora Chiquillo hasta el día de su muerte (*Minuto 01:09:06 a Minuto 01:09:17*)

A su turno, la Señora **CARMEN OLGA CHAPARRO ZIPAGAUTA**, señala que conoce al Señor José Antonio Rincón Pérez, desde niña porque es de Monguí y él también lo era, entonces lo conoce desde hace mucho tiempo aproximadamente desde que tenía 6 años de edad, porque se trataba con sus padres.

De igual manera manifiesta: *"conoci que él era amigo de Flor Alba Chiquillo, que tenía una amistad con ella, fue más o menos en el año 95 96 que me di cuenta de eso, no sé si ya de antes habían estado o llevarían una relación, después ella tuvo una niña de él y estaba viviendo todavía en Sogamoso, siempre los frecuentaba porque vivían muy cerca, luego salió pensionado y se llevó a vivir a Flor Alba a Mongui, ellos vivían en el campo con la mamá que se llamaba Bernarda, yo iba seguido a Mongui por mi taxi, porque también tengo familia allá"* (Minuto 01:15:21 a Minuto 01:17:37).

La testigo, indicó que cuando el causante se enfermó, fue a Mongui a traerlo varias veces a Sogamoso con Flor Alba Chiquillo cuando ella la llamaba, pues tenía que ir a citas debido a su enfermedad e incluso afirma que alguna vez lo llevo a Bogotá en el taxi al médico con la Señora Chiquillo porque él ya tenía cáncer, señala que luego de eso ellos se quedaron viviendo en Sogamoso y que siempre lo llevaba a control en su taxi precisando que *"siempre andaban Flor Alba Chiquillo y José Antonio Rincón, pues él vivía con ella e iban a Bogotá los dos, por eso siempre iban los dos"* Minuto 01:18:34 a Minuto 01:18:40.

Concluyó, indicando: *"la Señora Flor Alba estuvo con él hasta el día de su muerte y que el día que el murió, yo lo frecuenté todo el tiempo porque yo era la que les hacía los servicios, el día que el murió ella me llamo yo estuve como a las 3 de la tarde el día anterior y el murió a las 2:30 – 3:00 de la mañana , yo fui a la clínica julio Sandoval allá ya me conocían porque Flor Alba casi no podía salir por estarlo cuidando"*

Frente a la relación sentimental del causante con la Señora María Beatriz Espitia, indicó que jamás lo conoció con ella desde Mongui, nunca lo vio con ella, que lo veía solo y luego con la Señora Chiquillo, manifiesta que conoció a la demandante ya en el sepelio.

Posteriormente, el apoderado de la Señora Chiquillo la interroga sobre si le consta que compartían techo y si ella dependía económicamente de él, a lo cual responde: *"sí me consta que vivían bajo el mismo techo porque yo compartía mucho con ellos, allá en Mongui duraron viviendo todo el tiempo en la casa, mantuve mucho tiempo allá e incluso me quedaba en la casa de ellos, igualmente él le colaboraba a sus hijos"* Minuto 01:24:02.

Finalmente, la Señora MERCEDES ALVAREZ cuñada del causante (esposa de un hermano del Señor José Antonio Rincón) al ser interrogada sobre el núcleo familiar del Señor José Antonio Rincón señaló: *"con la Señora Flor como en 2006, estaban viviendo ya, antes vivían era con la Señora Beatriz, y la Señora Flor Chiquillo lo vio en toda su enfermedad desde 2006 hasta que él se murió, como en 2010 fue que murió"* (Minuto 01:36:17 a Minuto 01:37:02).

En lo que respecta a la convivencia entre el causante y la Señora Flor Alba Chiquillo precisó: *"ellos vivían desde que se fue a vivir con él, todo el tiempo vivían en Mongui, yo vivía en Mongui, si no después de que murió mi esposo yo vendí allá y ellos vivían allá en Mongui en la Vereda San Isidro de Mongui"* (Minuto 01:37:34 a Minuto 01:38:15).

Frente a la pregunta de si le constaba si el causante tenía una relación sentimental o de convivencia con la demandante durante el mismo tiempo que según manifestó convivía con la Señora Flor Alba Chiquillo, contestó: *"No, yo no los vi o allá no llego nunca, por ahí si nos veíamos y así, pero la Señora Beatriz no llego ni cuando él estuvo enfermo tampoco, yo no la vi por ahí, yo siempre venía a visitarlo allí, aquí estuvieron viviendo en Sogamoso, pero todas las veces que yo vine no estaba por ahí ni los hijos de la Señora Beatriz ni la Señora Beatriz, el sufrió una enfermedad muy terrible"* (Minuto 01:39:31 a Minuto 01:40:01).

Finalmente, el apoderado de la Señora Chiquillo la interroga sobre si le constaba que el causante y la Señora Chiquillo, compartían techo, lecho y mesa y si le colaboraba a la Señora Flor Chiquillo, a lo cual respondió: *"si ella le ayudo mucho, ella le colaboro arto y todo lo mas que fue en su enfermedad y ahí trabajaban ambos"* (Minuto 01:45:25 a Minuto 01:45:53).

De los elementos probatorios relacionados en líneas anteriores, se advierte que si bien es cierto las declaraciones extra proceso aportadas por la cónyuge *supérstite* aquí demandante, señalaron que hubo convivencia durante los últimos 5 años antes del fallecimiento del Señor JOSÉ ANTONIO RINCÓN, también lo es que los testimonios practicados en su favor y cuyo fin era la ratificación de la declaración Extraproceso, pudiendo extender sus dichos sobre el conocimiento que tuvieran sobre tales hechos, una vez recaudados y valorados en esta oportunidad procesal, se colige que no son claros, sino que son contradictorios con el contenido de sus declaraciones extra judiciales. Veamos:

La testigo MARÍA DEL CARMEN MARTÍNEZ contradice lo dicho respecto de las fechas en que conoció al causante y a la demandante, toda vez que al ser interrogada por el apoderado de la parte demandante sobre las fechas de convivencia indica: *"que me acuerde hasta 2010 ellos convivieron, conocí al Señor Antonio y conocí a la Señora Betty desde el 2000 desde el 82 - 83 que llegaron a Pesca en ese tiempo"*. Luego al ser interrogada por el apoderado de la parte vinculada, indica que conoció al causante en 2005 de trato (Minuto 31.05) situación que evidencia imprecisión y contradicción frente a lo ya manifestado, tanto en la declaración extra proceso como en el testimonio, ocurre lo mismo con el testigo ALBERTO VARGAS, pues salta a la vista que no tiene certeza de fechas, lugares ni de la convivencia efectiva de la demandante con el causante, contradiciendo también lo ya manifestado por él en la declaración extra proceso, en la que adujo que le constaba que desde el año 1974 hasta diciembre de 2010 habían convivido bajo el mismo techo en Pesca.

En consecuencia, los testimonios de estas dos personas, que valga reiterar son las mismas que declararon extra procesalmente que fue arrimada con la demanda, no cumplieron la finalidad de ratificar sus manifestaciones elevadas ante Notario de fe pública, de suerte que no logran acreditar en grado de certeza la material convivencia alegada por la Señora María Beatriz Espitia de Rincón, ni menos aún arrojan demostración alguna respecto de la simultaneidad de convivencia alegada, es decir que estos testimonios no demuestran que la demandante hubiera hecho vida marital con el Señor José Antonio Rincón en los último cinco años de su existencia, ni en ningún otro tiempo anterior, dado lo difuso e impreciso de sus afirmaciones, como tampoco dieron cuenta que el causante hubiere padecido de grave estado de salud, que lo llevo a la muerte y que fue la demandante la que le prestó socorro.

En contraste, los testimonios practicados en favor de la Señora FLOR ALBA CHIQUILLO ALVARADO, no solo ratifican las declaraciones extra proceso por ella aportadas, con absoluta precisión, sino también demuestran que en efecto la Señora Chiquillo y el Señor José Antonio Rincón Pérez compartieron techo, lecho y mesa, además se pone de relieve que fue ella, quien estuvo con el causante hasta el momento de su deceso, prestándole apoyo emocional, ayuda y comprensión.

En ese orden de ideas, se concluye que la demandante no acreditó la existencia de un vínculo material de convivencia, socorro y apoyo mutuo entre ella y el causante propios de una vida familiar, durante cinco años continuos con anterioridad al fallecimiento del pensionado, requisito indispensable para ser beneficiaria de la sustitución pensional, de conformidad con lo establecido en el literal a) del artículo 11 parágrafo 2 del Decreto 4433 de 2004.

Lo anterior, también quedó probado con las declaraciones extra proceso rendidas por el causante el día 23 de Noviembre de 2010, prueba sumaria de imposible ratificación por obvias razones derivadas de su fallecimiento, en las que manifestó que estaba separado de hecho desde hacía 19 años (1991) de la Señora MARÍA BEATRIZ ESPITIA RINCON, que habían disuelto y liquidado la sociedad conyugal mediante Escritura Publica No. 1187 del 19 de Septiembre de 1995 y que no respondía económicamente por ella, agrega que al contrario, desde hacía 18 años vivía en unión libre con la Señora FLOR ALBA CHIQUILLO ALVARADO, quien no trabajaba y dependía económicamente de él, tales declaraciones son visibles a folios 44 del CD, que contiene el expediente administrativo aportado por la entidad demandada el cual obra a folio 102 del expediente y 122 del expediente así como a folio 45 del CD que contiene el expediente administrativo, además de la demanda de divorcio que presentada por el causante la cual terminó por hechos ajenos a su voluntad, quedando extinguido tal vínculo.

Así las cosas, las afirmaciones del causante, demuestran que desde el año de 1991 estaba separado de hecho de la demandante, lo que evidencia la ausencia de apoyo, ayuda y convivencia, además de la no dependencia económica de él, corroborado en las manifestaciones mutuas y comunes que hacen JOSE RINCON y la aquí demandante BEATRIZ ESPITIA en la escritura pública No. 1187 del 19 septiembre de 1995 otorgada en la Notaria Primera de Sogamoso (fl.156-161) lo cual también quedo probado con lo aportado por la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, en virtud de la prueba de oficio decretada por este Despacho, que da cuenta que la demandante es pensionada (fl. 243 CD), a contrario sensu queda demostrado que la compañera permanente fue quien vio por él hasta sus últimos días y con quien convivió y compartió lecho, techo y mesa con el causante, además de su dependencia económica, la cual no fue desvirtuada en el curso del proceso.

En ese orden de ideas y atendiendo a lo que se encuentra probado plenamente en el proceso que la señora MARÍA BEATRIZ ESPITIA RINCON no le asiste el derecho al reconocimiento y pago de la sustitución pensional del señor JOSÉ ANTONIO RINCÓN (q.e.p.d), toda vez que no cumple con el requisito exigido por la ley, de haber convivido durante los últimos cinco años anteriores al deceso del pensionado, consolidando un hogar de mutua colaboración apoyo tanto moral, físico, económico, permanente y definitivo con el causante.

Contrario sensu, la persona llamada a reemplazar al causante en su derecho pensional es la señora FLOR ALBA CHIQUILLO ALVARADO, por ser la persona que convivió con el causante los últimos cinco años anteriores a su muerte, factor que es determinante para ser beneficiario de la sustitución de asignación de retiro, pues como se anotó por la Jurisprudencia, el criterio formal, es decir el vínculo como tal pasa a un segundo plano, ya que no solo por el hecho de estar casados tendría derecho la Señora MARIA BEATRIZ ESPITIA DE RINCON, pues se requiere de un criterio material y efectivo de convivencia, solidaridad, auxilio y apoyo mutuo, el cual legitima a la persona a reclamar el derecho deprecado.

No sobra precisar que según la norma, 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. Por tanto, cuando haya separación de hecho y se establezca una nueva relación 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 compañero o compañera permanente que tenga esa condición para el momento de la muerte, en proporción al tiempo de convivencia.

Así pues, en virtud de la igualdad de condiciones y del concepto de familia, no solo tendría derecho la cónyuge o compañera permanente superviviente que al momento del fallecimiento del causante estaba haciendo vida en común con éste, sino también el cónyuge que pese a la separación de hecho, mantenga vigente la sociedad conyugal, en razón a la subsistencia jurídica de esa unión, situación que no se presenta en el asunto bajo estudio, pues si bien es cierto la demandante y el causante estaban separados de hecho como ya quedo demostrado, no lo es menos que la sociedad conyugal no estaba vigente para el momento del fallecimiento del Señor Rincón, debido a la disolución y liquidación de la misma, la cual fue de común acuerdo entre las partes, quedando plasmada en la escritura pública No. 1187 del 19 de Septiembre de 1995, por lo que no le asistiría el derecho no solo por no acreditar convivencia como lo exige la Ley sino también por no tener sociedad conyugal vigente con el causante, pues de haberla tenido vigente, no era necesario acreditar la convivencia al momento de su muerte.

Por lo anteriormente expuesto, y dado que no se desvirtuó la presunción de legalidad que amparan los actos acusados, este Despacho lo mantendrá incólume y por ende negará las pretensiones solicitadas por la demandante señora MARÍA BEATRIZ ESPITIA RINCON.

12. PRONUNCIAMIENTO SOBRE LAS EXCEPCIONES

De conformidad con los argumentos anteriormente esbozados, se declarará probada la excepción propuesta por el apoderado de la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional y por el apoderado de la Señora Flor Alba Chiquillo Alvarado parte vinculada al proceso denominada "*Falta de Legitimación en la causa por activa del demandante*" en sentido material, así como las excepciones propuestas por el apoderado de la parte vinculada de "*falta interés jurídico y ausencia de fundamento sustantivo en las pretensiones y ausencia de los presupuestos para acceder a la pensión de sobrevivientes*", toda vez que la demandante no acreditó la convivencia de los cinco años anteriores al fallecimiento que exige la Ley ni existió la convivencia simultánea alegada.

Dado lo anterior, el marco jurídico que gobierna la sustitución de la asignación de retiro de los miembros de la Policía Nacional no es desconocido en los actos enjuiciados, por cuanto que es evidente que el derecho le asiste a la compañera permanente conforme lo probado en el proceso.

13. COSTAS Y AGENCIAS EN DERECHO.

Atendiendo lo dispuesto en los artículos 188 del C.P.A.C.A y 365 del C.G.P., el Despacho impone condenar en costas a la parte **demandante**, parte vencida en este proceso.

De conformidad con el Acuerdo 1887 de 2003, se fija como agencias en derecho la suma correspondiente al cuatro por ciento (4%) del valor de las pretensiones de la demanda, distribuidos en cuotas partes iguales del 2% en favor de cada una de los integrantes de la parte pasiva de este proceso, conformada por la entidad demandada CASUR y la persona natural vinculada FLOR ALBA CHIQUILLO

14. DECISION

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Sogamoso, "*administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley*"

FALLA:

Primero.- Declarar probada la excepción denominada "*Falta de Legitimación en la causa por activa del demandante*" en sentido material, propuesta por la parte demandada CASUR y la vinculada Flor alba Chiquillo.

Segundo.- Declarar probada la excepción propuesta por la parte vinculada FLOR ALBA CHIQUILLO denominada de "*falta interés jurídico y ausencia de fundamento sustantivo en las pretensiones y ausencia de los presupuestos para acceder a la pensión de sobrevivientes*"

Tercero.- Declarar no probada la excepción previa denominada *ineptitud de la demanda por ausencia de cuestionar el acto administrativo que debió demandarse* propuesta por la demandada CASUR.

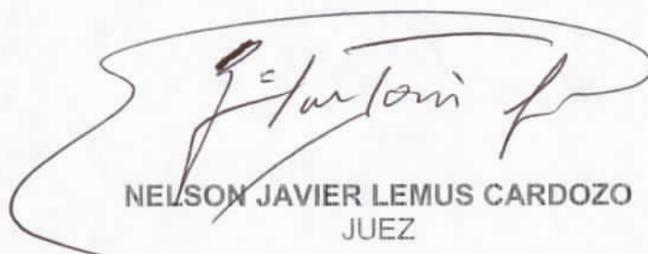
Cuarto.- Negar las pretensiones de la demanda presentada por la Señora María Beatriz Espitia Rincón, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

Quinto.- Condenar en costas a la parte demandante, parte vencida, las cuales liquidarán por Secretaría de este Juzgado, aplicando el procedimiento establecido en el artículo 366 del C.G.P.

Sexto.- Fijar como agencias en derecho la suma correspondiente al dos por ciento (2%) del valor de las de las pretensiones de la demanda en favor de cada una de los integrantes de la parte pasiva conformada por la entidad demandada CASUR y la persona natural vinculada FRLOR ALBA CHIQUILLO.

Séptimo.- Ejecutoriada la presente providencia y previa liquidación, **devolver** a la parte demandante el remanente de los gastos del proceso, si hay lugar a ello.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



NELSON JAVIER LEMUS CARDOZO
JUEZ

KETC