



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

Sogamoso, Agosto treinta y uno (31) de dos mil dieciséis (2016)

Referencia: Nulidad y restablecimiento del derecho
Radicado: 152383339752-2015-00123-00
Demandante: FRANCISCA PÉREZ DE NOVA
Demandado: Caja de retiro de las fuerzas militares

1. ASUNTO

El asunto se contrae a dictar sentencia para resolver en primera instancia la Demanda que ha dado origen al proceso de la referencia

2. PRETENSIONES

En ejercicio del medio de control de acción de nulidad y restablecimiento del derecho consagrado en el artículo 138 del C.P.A.C.A, mediante demanda escrita presentada el 22 de noviembre de 2013 (fl.24) por intermedio de apoderado, la Señora FRANCISCA PÉREZ DE NOVA, identificada con cedula de ciudadanía 40.175.521 expedida en Leticia, contra la Caja de retiro de las Fuerzas Militares - CREMIL, solicita que se realicen las siguientes declaraciones y condenas:

- a) Se declare la nulidad de los actos administrativos contenidos en las Resoluciones números 230 del 1º de febrero del 2013 y 9 de mayo de 2013, mediante las cuales la Dirección General de CREMIL, negó en primera y segunda instancia, la sustitución de asignación de retiro de que gozaba el Sargento Segundo del Ejército JORGE NOVA RODRÍGUEZ, fallecido el 25 de septiembre de 2012, en calidad de cónyuge supérstite.
- b) Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, solicita que se ordene a la entidad demandada, que reconozca y pague la sustitución de la asignación de retiro a favor de la señora FRANCISCA PÉREZ DE NOVA, en calidad de beneficiaria, por ser la cónyuge supérstite del causante, a partir del 25 de septiembre de 2012.
- c) Que se condene a la demandada en costas y agencias en derecho.

3. FUNDAMENTOS FÁCTICOS

Los hechos que dan sustento a las pretensiones de la demanda se pueden resumir de la siguiente manera: (ver folio 16 a 18)

El Sargento Segundo del Ejército JORGE NOVA RODRÍGUEZ y la señora FRANCISCA PÉREZ DE NOVA convivieron bajo el mismo techo durante aproximadamente 50 años en la ciudad de Leticia, Departamento de Amazonas hasta el 25 de septiembre de 2012, fecha en la que falleció el señor Jorge Nova Rodríguez, debido al cáncer terminal que padecía, siendo atendido por su esposa quien le prodigo, a más del afecto conyugal las atenciones requeridas en tan precario estado de salud.

La señora FRANCISCA PÉREZ DE NOVA además de atender en las horas de la mañana en su domicilio a su esposo debía desplazarse simultáneamente en las horas de la tarde al municipio de Tabatinga – Brasil, para cuidar de su padre el señor DIDIMO PIRES DE OLIVERA de 97 años de edad, quien padecía de una enfermedad respiratoria, regresando en las horas de la noche a su domicilio conyugal para asumir personalmente el cuidado de su esposo el señor Jorge Nova Rodríguez, hasta cuando fue arrollada por una moto en un accidente de tránsito en las horas de la noche, deteriorando su estado de salud e imposibilitándola seguir con la actividad anteriormente descrita, razón por la cual dejó encargada a su hija MARLEY NOVA PÉREZ del cuidado de su esposo, para ella poder ver de la enfermedad de su padre en Tabatinga- Brasil, visitando constantemente a su esposo en Leticia- Amazonas.

El día 4 de junio de 2011 con motivo del fallecimiento del padre de la señora Francisca Pérez de Novoa, ésta retorna nuevamente a la ciudad de Leticia, para asumir el cuidado de su esposo de quien no se separó hasta el 25 de septiembre de 2012 fecha de su fallecimiento.

En virtud del fallecimiento de su cónyuge, la señora FRANCISCA PÉREZ DE NOVA, por intermedio de su hija MARLENY NOVA PÉREZ, diligenció el formulario de solicitud de sustitución pensional, incurriendo en un yerro al afirmar que sus padres habían convivido “hasta el 20.12.2000” tratando de explicar el hecho de haber su señora madre convivido a partir de diciembre de 2010 en domicilio distinto al conyugal, a saber en Tabatinga, y con fundamento en dicho hecho, la entidad demandada negó el reconocimiento de la sustitución de la asignación de retiro a través de la Resolución 230 del 01 de febrero de 2013, pasando por alto las pruebas documentales oportunamente allegadas en la segunda instancia donde su hija explicaba y reconocía el error que había cometido.

El acto administrativo anteriormente referenciado fue confirmado mediante la Resolución N° 2475 del 09 de mayo de 2013, sin cambiar las argumentaciones expuestas por la entidad demandada a través de la Resolución 230 del 1° de febrero de 2013.

4. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN:

En sentir de la parte actora, con la expedición de los actos administrativos demandados se violaron las siguientes disposiciones constitucionales y legales:

El preámbulo y los artículos 29, 48 y 83 de la Constitución Política; artículo 12 del Decreto 4433 de 2004 y artículo 84 de la ley 1437 de 2011.

Precisó, que las resoluciones enjuiciadas se encuentran falsamente motivadas porque incurrieron en error de hecho, pues la situación fáctica expuesta por la entidad demandada no coincide con la convivencia real de la pareja, toda vez que en los actos administrativos se indicó que la demandante no acreditó los 5 años de convivencia anteriores a la muerte del pensionado para acceder a la sustitución de la asignación de retiro.

Señaló, que los actos administrativos se deben sujetar al ordenamiento jurídico, no obstante CREMIL desconoció las normas aplicables al reconocimiento de la sustitución de la asignación de retiro a favor de la demandante, emitiendo de esta manera un acto discriminatorio, que a todas luces desconoció el Estado Social de Derecho, y vulneró el derecho fundamental a la seguridad social de una persona de la tercera edad que no cuenta con los ingresos económicos pertinentes para atender

sus necesidades de subsistencia.

Argumentó que en el caso en mención se observaba una clara desprotección por parte del Estado al negar sin justificación legal el reconocimiento de la sustitución de la asignación de retiro a que tenía derecho en su condición de cónyuge supérstite., vulnerando de esta manera los derechos fundamentales a la igualdad, la vida en condiciones dignas y justas entre otros, que ostentan las personas que se encuentran en estado de debilidad manifiesta.

Manifestó, que si bien es cierto la hija de la demandante erró en el momento de diligenciar el formulario mediante el cual se solicitó el reconocimiento de la sustitución de la asignación de retiro a favor de la señora Francisca Pérez de Nova, hecho que originó la negativa de Cremil expuesta en los actos administrativos demandados para no acceder a la sustitución pensional, también lo es, que la cónyuge supérstite subsanó el error cometido explicando las razones de hecho en el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución 230 de 2013 y anexando los documentos que corroboraban tal situación, sin embargo la entidad demandada pasó por alto tales explicaciones frente a la convivencia exigida para el reconocimiento, negando la solicitud deprecada por la demandante.

5. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

La **CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES** contestó la demanda de manera oportuna, tal como consta a folios 113 a 117 del expediente, oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones principales y subsidiarias solicitadas por la parte actora, así como la condena en costas y agencias en derecho.

Manifestó que para el momento del fallecimiento del militar JORGE NOVA RODRÍGUEZ, a saber el 25 de septiembre de 2012, se encontraba vigente el Decreto 4433 de 2004 que establece que para efectos del reconocimiento de la sustitución de la asignación de retiro, se tiene que acreditar la convivencia real y efectiva del cónyuge supérstite por lo menos de 5 años continuos e inmediatamente anteriores a la muerte del causante; hecho que al no estar acreditado originó la negativa de la administración de reconocer la sustitución de la asignación de retiro, expidiendo para el efecto los actos administrativos correspondientes, amparados bajo Ley 933 de 2004 y los pronunciamientos jurisprudenciales del Consejo de Estado, en fallo del 24 de Agosto de 2006, Proceso 3978-05 y en las sentencias proferidas en asuntos similares por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca dentro de las cuales relacionó las siguientes: fallo del 19 de Octubre de 2016 Radicado 2000-3595, MP MARGARITA HERNANDEZ y del 22 de marzo de 2007 Rad. 2004-9096, Magistrado Ponente: doctor ANTONIO JOSE ARCINIEGAS, entre otras.

Propone como excepciones:

- *Legalidad de las actuaciones efectuadas por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares – correcta aplicación de las disposiciones vigentes.* Manifestó, que los derechos y obligaciones, así como el régimen de carrera, prestacional y disciplinario de los miembros de las Fuerzas Militares, hacen parte de un régimen especial propio, diferente del régimen general. (fls. 116 y vuelto)

- *No configuración de falsa motivación en las actuaciones de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares.* Señaló, que las actuaciones realizadas por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares se ajustan a las normas vigentes aplicables a los

miembros de las Fuerzas Militares, en consecuencia, estas actuaciones no se enmarcan dentro de ninguna de las causales de nulidad y por ende no se encuentran viciadas de falsa de motivación. (fl. 116 vuelto)

6. TRÁMITE PROCESAL.

El día 17 de octubre de 2013 la Procuraduría 86 Judicial para Asuntos Administrativos declaró fallida la audiencia de conciliación prejudicial radicada el 1º de agosto de 2013 por Francisca Pérez de Nova, a fin de cumplir el requisito de procedibilidad para acudir ante esta Jurisdicción (fl.16-18)

La demanda fue presentada ante la oficina de apoyo en la ciudad de Bogotá el 22 de Noviembre de 2013 y le correspondió por reparto al Juzgado 14 Administrativo de Bogotá (fl.24-25) que por auto previo a la admisión solicita documentación por auto del 28 de febrero de 2014 y del 27 de marzo de 2014 (fl.28 y 34) proceso que fue reasignado al Juzgado 3 de Descongestión de Bogotá, el cual por auto del 5 de Agosto de 2014 solicita información para determinar competencia (fl.45-46) reiterado por auto del 16 de septiembre de 2014 (fl.56) y auto del 28 de octubre de 2014 (fl.70-72) asunto que finalmente por auto del 17 de febrero de 2015 se remite por competencia a los Juzgados Administrativos de Duitama (fl.76-78)

El Juzgado Tercero Administrativo Mixto de Descongestión del Circuito Judicial de Duitama por auto del **25 Junio del 2015** (fl.83) admitió la demanda, ordenando notificar personalmente a "CREMIL", agencia nacional de Defensa Jurídica Del Estado y Agente del Ministerio Publico (fls. 93), La entidad demandada contestó dentro del término legal previsto para ello el 16 de marzo de 2016 (fls. 113 a 117).

La oficina de reparto de apoyo judicial de Duitama remitió el expediente a la oficina de apoyo judicial de Sogamoso, para que se hiciera el reparto en los Juzgados Administrativos, correspondiéndole a este despacho judicial el día 03 de febrero del 2016, para continuar con el trámite correspondiente. (fl.111)A

Mediante providencia del 06 de Mayo del 2014 se fijó fecha a fin de realizar audiencia inicial (fl.174), la cual se llevó acabo el día 14 de junio de 2016 (fl.226-228) de conformidad con el artículo 180 del C.P.A.C.A., en el cual se decretan pruebas, entre otras se comisiona al Juzgado Único Administrativo Oral de Leticia-Amazonas, la recepción de los testimonios solicitados por la demandante, los cuales fueron practicados en audiencia celebrada el 15 de julio de 2016 (fl.241-244)

La audiencia pruebas se realiza el 02 de agosto de 2016 (fl.245-246), durante la cual se ordenó a las partes la presentación por escrito de los alegatos de conclusión. (fl. 226 a 228)

7. ALEGATOS DE LAS PARTES.

El apoderado de la parte **demandante**, en escrito radicado el 16 de agosto de 2016 presentó alegatos de conclusión, reiterando los argumentos expuestos en el escrito de demanda. Finalmente agregó después de realizar un análisis de las pruebas recolectadas en el plenario, que se demostró la convivencia efectiva del causante con la demandante durante los 5 años anteriores al fallecimiento, por lo tanto concluyó que se deben acceder a las pretensiones de la demanda, por cuanto el error de hecho que conllevó a la administración a negar la sustitución de la asignación de retiro se desvirtuó con todo el material probatorio obrante en el expediente. (fl.257-261)

La parte demandada y el Ministerio Público guardaron silencio.

8. PROBLEMA JURÍDICO.

El problema jurídico se circunscribe a analizar la legalidad de los actos administrativos cuestionados, y para ello corresponde al Despacho establecer si la señora FRANCISCA PÉREZ DE NOVA tiene derecho a la sustitución de asignación de retiro de su fallecido cónyuge, el Sargento Segundo del ejército JORGE NOVA RODRÍGUEZ.

9. HECHOS PROBADOS

En procura de dilucidar el tema se destacarán unos hechos que aparecen probados, luego se bosquejará brevemente el marco legal y jurisprudencial de los beneficiarios de las prestaciones sociales de oficiales y suboficiales de las fuerzas militares con asignación de retiro, para finalmente contrastar todo ello con la situación de la actora y definir el caso.

- Registro civil de matrimonio celebrado entre NOVA RODRIGUEZ JORGE y PEREZ DE NOVA FRANCISCA. (fl 3)
- Registro de defunción de JORGE NOVA RODRIGUEZ quien falleció el 25 de septiembre de 2012 a las 4:30 en el municipio de Leticia, Amazonas. (fl.2)
- La Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, mediante resoluciones N° 230 del 1 de febrero del 2013 y 2475 del 9 de mayo de 2013 negó el reconocimiento y pago de la sustitución de la asignación de retiro a la señora PÉREZ DE NOVA FRANCISCA mediante el cual estableció que no existen elementos de juicio que permita establecer que la peticionaria convivió de manera continua hasta la fecha de su fallecimiento. (fls 5-6 y 11 a 13)
- Declaraciones extra-proceso que obran a (fl. 7, 8,9 y 10) fueron ratificadas dentro de la presente actuación mediante recepción de testimonio por intermedio de comisionado.

Prueba Testimonial

Este Juzgado confirió despacho comisorio al Juzgado Único Administrativo Oral de Leticia – Amazonas, para el recaudo de testimonios solicitados en la demanda (fl.23), a saber:

- **MARLEY NOVA PÉREZ** (Minuto 06:38 a 21:04 del CD. Fl. 244), en su calidad de hija de la señora Francisca Pérez de Nova y del causante, y quien diligenció el formulario solicitando el reconocimiento de la sustitución de la asignación de retiro a favor de su señora madre, en la diligencia de testimonio, manifestó que su núcleo familiar estaba conformado por sus padres el señor Jorge Nova Rodríguez y la señora Francisca Pérez de Nova quienes procrearon ocho (8) hijos, entre ellos ella siendo la única mujer, indicó que su padre trabajaba en una ladrillera y como consecuencia de ello desarrolló el cáncer pulmonar que le produjo su fallecimiento; que su madre se ausentó en diferentes oportunidades para cuidar de su padre (abuelo) de 97 años que se encontraba en el municipio de Tabatinga – Brasil por encontrarse en grave estado de salud, regresando a su domicilio conyugal para asumir personalmente el cuidado de su esposo, indicó que su convivencia fue permanente. Así mismo, manifestó haber incurrido en error al diligenciar el citado formato de sustitución pensional, por no interpretar bien la palabra ininterrumpida al establecer que sus padres convivieron bajo el

mismo techo ciento por ciento hasta tanto ella tuvo que ausentarse por las cuestiones ya conocidas, sin embargo aclaró que ellos jamás se separaron porque su mamá era la esposa legítima de su padre y se ayudaban mutuamente.

- **JORGE ELIECER NOVA PÉREZ** (Minuto 24:03 a 39:40 del CD. FI. 244), en su calidad de hijo de la señora Jorge Nova Rodríguez y Francisca Pérez de Nova, en la diligencia de testimonios, al igual que su hermana señaló que sus padres procrearon ocho (8) hijos legítimos (German Alonso Nova Pérez, German Eduardo Nova Pérez, Mario José Nova Pérez, Jesús Antonio Nova Pérez, Cesar Augusto Nova Pérez, Jaime Martin Nova Pérez, Marley Nova Pérez y Jorge Eliecer Nova Pérez). Sostuvo que su padre tenía pleno conocimiento de la ausencia de la señora Francisca Pérez de Nova quien se dirigía temporalmente al municipio de Tabatinga – Brasil a cuidar de su padre el señor DIDIMO PIRES DE OLIVERA por encontrarse en mal estado de salud. Además afirmó que tiene pleno conocimiento que su madre nunca se ausento de la casa, ni se rompió el vínculo matrimonial porque su progenitora siempre estuvo pendiente de los cuidados de su padre hasta la fecha de su fallecimiento.

De otra parte, expone que conoce los motivos por los cuales la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares negó la sustitución de la asignación de retiro a su madre la señora Francisca Pérez de Nova, debido a que su hermana involuntariamente cometió un error al diligenciar el formato de la sustitución de retiro.

- **ALBERTO CAHUACHE AHUANARI** (Minuto 43:14 a 01:01:02 CD. FI. 244), quien manifestó que era amigo de la familia NOVA PÉREZ, expuso que conoció al señor Jorge Nova Rodríguez, a su esposa y a sus ocho hijos pequeños en Leticia cuando era miembro de la fuerza pública ya que el también hacía parte de ella, manifestando que tenía conocimiento que el causante sufría de cáncer pulmonar ya que mantenía en constante comunicación por vía telefónica. Indico que tiene conocimiento que la señora Francisca Pérez de Nova, acompañó al señor Jorge Nova Rodríguez en la enfermedad hasta el día de su muerte.
- **LUZ HELENA MEDINA CUELLO** (Minuto 01:01:01 a 01:14:03 del CD. FI. 244) quien manifestó ser vecina de los esposos NOVA PÉREZ y auxiliar de enfermería, indico que conoció al señor Jorge Nova Rodríguez y la señora Francisca Pérez de Nova, y sus ocho hijos, por cuanto ella es vecina y auxiliar de enfermería y atendía los cuidados del señor Jorge Nova y que entre sus funciones estaba la de aplicar inyecciones; acto seguido describió que el señor Nova y sus hijos eran conocedores de la ausencia de la demandante, afirmando que ella nunca abandono el hogar, ni sus obligaciones como esposa.

Partiendo del criterio de valoración expresado por el Despacho, atendiendo a una realidad socialmente ineludible, cuando se presenta el derecho a la sustitución pensional, por factores como: el auxilio o apoyo mutuo, la convivencia efectiva, la comprensión y la vida en común al momento de la muerte son los que legitiman el derecho reclamado.

En el asunto de estudio, la señora FRANCISCA PÉREZ DE NOVA en calidad de cónyuge supérstite reclama el derecho de sustitución de asignación de retiro de CREMIL en calidad de cónyuge supérstite de JORGE NOVA RODRÍGUEZ,

argumentando la convivencia con el causante por espacio no interrumpido hasta su fallecimiento, y además por la procreación de hijos, para el efecto, allega ante la entidad demanda los documentos y declaraciones extra-proceso, con los que pretende acreditar su mejor derecho.

En el presente caso, se reciben sendas declaraciones testimoniales recaudadas a través de comisionado, quienes en sus manifestaciones no resultan contradictorias entre sí, ni tampoco dan muestra de hechos inverosímiles o poco creíbles que le resten mérito y valor a la prueba, quienes al unísono indican que el causante JORGE NOVA RODRÍGUEZ compartió su vida con su cónyuge FRANCISCA PÉREZ DE NOVA, hasta la fecha de su fallecimiento.

De igual manera, se observa como todos los testimonios dan cuenta que los cónyuges NOVA PEREZ permanecieron haciendo vida común en su domicilio conyugal en el Municipio de Leticia, sin cesar en su vida efectiva y de convivencia habiendo procreado ocho hijos a quien los testigos manifiesta haberlos conocido desde niños. (fl. 244)

No pasa por alto al Despacho que el señor Sargento Segundo JORGE NOVA RODRÍGUEZ, procreo hijos con la señora FRANCISCA PÉREZ DE NOVA, lo que de conformidad con la normatividad abajo en cita, la exonera de demostrar la convivencia y dependencia económica del causante, ora que de los testimonios y pruebas documentales se desprende que su sustento de derivaba fundamentalmente de la asignación de retiro de su cónyuge fallecido, aspecto en el que concuerdan los testimonios.

10. MARCO NORMATIVO

La sustitución pensional se enmarca dentro del derecho a la seguridad social y tiene como propósito, satisfacer la necesidad de subsistencia económica que persiste para quien sustituye a la persona que disfrutaba de una pensión o tenía derecho a su reconocimiento, una vez se produce el fallecimiento de ésta, en razón a la desprotección que se genera por esa misma causa.

Si bien el sistema general, en materia de pensiones se encuentra establecido en la Ley 100 de 1993, tanto la Constitución Política como la misma ley citada reconocieron que los miembros de las Fuerzas Militares tienen un régimen especial, desarrollado actualmente por la Ley 923 de 1994 y el Decreto 4433 de 2004.

En lo que respecta a la sustitución pensional, el régimen especial aplicable a la Fuerza Pública señala la existencia de una asignación de retiro, 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. Se trata, de establecer con la denominación de “asignación de retiro”¹, 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 sobrevivientes².*

¹ Corte Constitucional, Sentencia T-802/11 Magistrada Ponente: MARÍA VICTORIA CALLE CORREA del veintiuno (21) de octubre de dos mil once (2011).

² Corte Constitucional, Sentencia C-432 de 2004, Magistrado Ponete: 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 s públicos. Entre otros argumentos, el demandante sostuvo que la asignación por retiro no es una prestación social asimilable a

La Corte Constitucional en sentencia T- 802 de 2011, siendo Magistrado Ponente: el doctor,.... al referirse sobre la sustitución de la mencionada asignación de retiro precisó que esta se constituye en una prestación económica cuya finalidad es asimilable a la de la pensión de sobrevivientes reconocida en el Sistema General de Pensiones.

Precisado lo anterior, es de resaltar que la pensión de sobrevivientes y la sustitución de la asignación de retiro tienen por objeto impedir que, ocurrida la muerte de una persona, los miembros del grupo familiar que dependían económicamente de ella, se vean obligados a soportar individualmente las cargas materiales de su fallecimiento. Esto, mediante la asignación de una prestación económica que suple la ausencia repentina del apoyo financiero del causante, con el fin de evitar que su muerte se traduzca en un cambio radical de las condiciones de subsistencia mínimas de los beneficiarios de dicha prestación.

Ahora bien, el artículo 40 del Decreto 4433 del 31 de diciembre de 2004 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, alumno de la escuela de formación o Soldado de las Fuerzas Militares, Oficial, entre otros, y que se encuentren gozando de asignación de retiro o pensión, sus **beneficiarios** en el orden y proporción establecidos en el artículo 11 del presente decreto, **tendrán derecho a una pensión mensual que será pagada por la entidad correspondiente, equivalente a la totalidad de la asignación o pensión que venía disfrutando el causante.**

En lo que respecta a los beneficiarios de la sustitución de la asignación de retiro, el parágrafo 2º del artículo 11 ibídem, 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)

(...)"

De acuerdo a la norma transcrita, el régimen especial en materia prestacional de las Fuerzas Militares, vigente al momento en que se registró la muerte del señor JORGE NOVA RODRÍGUEZ, a saber el **25 de septiembre de 2012³** es el previsto en el

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.

³ Ver registro civil de defunción obrante a folio 2 del expediente.

Decreto 4433 del 31 de diciembre de 2004 , por lo tanto se observa que la norma en cita únicamente legitimaba, en primer orden, a la cónyuge supérstite para efectos de beneficiarse de la sustitución de la prestación por retiro, excluyendo a los hijos como quiera que de las pruebas decretadas y recolectadas en el plenario son mayores de edad y por lo tanto no encuentran dentro de los supuestos de hechos establecidos en para el reconocimiento de la sustitución de la asignación de retiro.

Precisado lo anterior, procede al Despacho a determinar si la accionante tiene la condición de beneficiaria de la sustitución de la asignación de retiro que en vida disfrutaba el señor Jorge Nova Rodríguez (q.e.p.d).

No sobra precisar, que el reconocimiento del derecho a la sustitución pensional, está sujeto a una comprobación material de la situación afectiva y de convivencia en que vivía el Sargento Segundo pensionado fallecido, al momento de su muerte, con respecto de su cónyuge, para efectos de definir acerca de la titularidad de ese derecho.

11. CASO CONCRETO

Teniendo en cuenta las consideraciones antes expuestas, el Despacho entrará a estudiar el fondo del presente asunto elaborando, en primer lugar, un recuento de la actuación en sede administrativa de la demandante, tendiente a solicitar la sustitución de la asignación de retiro que en vida venía percibiendo el señor Jorge Nova Rodríguez y, en segundo lugar, se abordará su situación concreta, esto es, la interpretación y aplicación del Decreto 1211 de 1990, acorde a los postulados previstos en los artículos 13, 42 y 43 de la Constitución Política de 1991.

Al valorar el material probatorio allegado a instancia, encuentra el Despacho acreditados el cumplimiento de los requisitos para acceder al beneficio de la sustitución pensional deprecada, a la señora Francisca Pérez de Nova, pues se probó en debida forma la convivencia con el pensionado fallecido, tanto en las declaraciones extra-proceso, como en los testimonios de los deponentes Marley Nova Pérez, Jorge Eliecer Nova Pérez, Alberto Cahuache Ahuanari Y Luz Helena Medina Cuello.

Las manifestaciones de los testigos no resultan contradictorias entre sí ni dan muestra de hechos inverosímiles o poco creíbles que le resten mérito y valor a la prueba. Tampoco se evidencian motivos de sospecha pues lo que expresan los hijos Marley Nova Pérez y Jorge Eliecer Nova Pérez de la directa interesada es coincidente con lo que a su vez narran los amigos Alberto Cahuache Ahuanari y Luz Helena Medina Cuello de la respectiva pareja.

Así, en criterio del Despacho, debe aceptarse que el causante compartió su vida con la señora Francisca Pérez de Nova. Constituye un hecho cierto y probado, de apoyo mutuo, solidario y de respaldo económico con su esposa a quienes los terceros consideraban por el trato como su respectiva compañera de hogar.

La prueba testimonial con la que se acreditan los supuestos que dan muestra la convivencia con su esposa no fue controvertida, teniendo la oportunidad procesal para ello. Bajo este supuesto, valorada la prueba de acuerdo con los principios de la sana crítica, para el Despacho no existen razones que induzcan a desvirtuar su contenido y a restarle valor o mérito afectando su eficacia probatoria.

Se observa que en la declaración rendida por la señora MARLEY NOVA PÉREZ, hija del señor JORGE NOVA RODRÍGUEZ (fallecido) y FRANCISCA PÉREZ DE NOVA, manifestó haber incurrido en error al diligenciar el citado formato al establecer que su padres convivieron bajo el mismo techo hasta el mes de diciembre del año 2000, puesto que ellos jamás se separaron, tan solo su madre salía constantemente de su domicilio conyugal ubicado en la carrera 9 N° 2-96 en la ciudad de Leticia, hacia el municipio de Tabatinga – Brasil para cuidar de su padre de 97 años por encontrarse en grave estado de salud, regresando a su domicilio conyugal para asumir personalmente el cuidado de su esposo el señor Jorge Nova Rodríguez, igualmente enfermo terminal de cáncer.

Por estas razones, bajo un criterio de justicia y equidad y en consideración a que la finalidad de la sustitución pensional es la de evitar que las personas que forman parte de la familia y que dependen patrimonialmente del causante puedan quedar sumergidas en el desamparo y abandono económico, en el caso concreto, habiéndose acreditado una convivencia ininterrumpida se resolverá la prestación que devengaba el extinto Sargento Segundo Jorge Nova Rodríguez a la señora Francisca Pérez de Nova con quien convivió hasta el momento de su muerte, procreó hijos y a quienes prodigaba ayuda económica compartiendo lo que recibía a título de asignación mensual de retiro.

No existen razones que justifiquen un trato diferente al que aquí se dispone pues concurre el elemento material de convivencia y apoyo mutuo, de manera permanente, por voluntad propia del causante, en cabeza del cónyuge supérstite.

En estas condiciones, se dispone el reconocimiento y pago del derecho a la sustitución pensional de la asignación de retiro del señor Jorge Nova Rodríguez a favor de la señora Francisca Pérez de Nova, en su condición de cónyuge supérstite, para, en su lugar, acceder parcialmente a la pretensión de la parte actora, en cuanto que se le reconocerá el derecho por haberse acreditado la convivencia ininterrumpida.

12. INDEXACION

Los valores que resulten de la nueva liquidación se ajustarán de conformidad con el artículo 187 del CPACA, desde el momento en que se hicieron exigibles hasta la fecha de ejecutoria de la presente providencia, aplicando esta fórmula:

$$R = RH \times \frac{\text{Índice final}}{\text{Índice inicial}}$$

En donde el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (RH), que es la diferencia resultante, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE -vigente a la fecha de ejecutoria de esta sentencia-, sobre el índice inicial vigente a la fecha en que debió realizarse el pago.

Por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará separadamente, mes por mes, para cada mesada pensional, comenzando desde la fecha de su causación y para las demás mesadas teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada una de ellas.

13. PRONUNCIAMIENTO SOBRE LAS EXCEPCIONES

De conformidad con los argumentos anteriormente esbozados no se comparte las excepciones propuestas por el apoderado de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares denominadas *"legalidad de las actuaciones efectuadas por la Caja De Retiro De Las Fuerza Militares- correcta aplicación de las disposiciones legales vigentes y no configuración de falsa motivación en las actuaciones de la caja de retiro de las fuerzas militares"*, no tiene vocación de prosperidad, por cuanto el marco jurídico que gobierna la sustitución de la asignación de retiro de los miembros de las Fuerzas Militares son desconocidos en los actos enjuiciados

En efecto la entidad demandada desconoce la realidad probatoria arrojada en sede administrativa por la solicitante, especialmente la acreditación de la convivencia ininterrumpida con su cónyuge fallecido, mediante declaraciones extrajudiciales ante notario público, documentos que son admisibles en sede administrativa, empero el derecho fue postergado a solución en esta instancia judicial, obviando una realidad sumaria, que luego de su comprobación judicial se verifica causal para ordenar su anulación.

14. COSTAS Y AGENCIAS EN DERECHO.

Con base en lo anterior y atendiendo lo dispuesto en los artículos 188 del C.P.A.C.A y 365 del C.G.P., se impone condena en costas y 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 concedidas en ésta providencia.

15. DECISIÓN

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 no probadas las excepciones de *"legalidad de las actuaciones efectuadas por la Caja de Retiro de las Fuerza Militares- correcta aplicación de las disposiciones legales vigentes y no configuración de falsa motivación en las actuaciones de la caja de retiro de las fuerzas militares"*, propuestas por la entidad demandada, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

Segundo.- Declarar la nulidad de las Resoluciones N° 230 del 1° de febrero del 2013 y 2475 del 9 de mayo de 2013, mediante las cuales el Director General de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, negó en primera y segunda instancia la solicitud de sustitución de la asignación de retiro que gozaba el Sargento Segundo del Ejército JORGE NOVA RODRÍGUEZ en favor de su cónyuge sobreviviente la señora FRANCISCA PÉREZ DE NOVA.

Tercero.- Como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho, **condenar** a la CREMIL a reconocer y pagar la sustitución de la asignación de retiro que devengaba el señor sargento segundo JORGE NOVA RODRÍGUEZ identificado en vida con C.C.No.2.700.238 en favor de la señora FRANCISCA PÉREZ DE NOVA, identificada con cedula de ciudadanía 40.175.521 de Leticia, en calidad de cónyuge supérstite, a partir del **25 de septiembre de 2012**, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.

Cuarto.- Condenar en costas a la entidad demandada, parte vencida en el proceso, las cuales se liquidarán por secretaría aplicando el procedimiento establecido en el artículo 366 del CGP y se fijan como agencias en derecho el equivalente al cuatro por ciento (4%) del valor de las pretensiones reconocidas.

Quinto.- En firme esta providencia, archívese el expediente previa liquidación de gastos y devoluciones de excedentes al interesado, si a ello hubiere lugar.

Sexto.- En firme, para su cumplimiento, por Secretaría remítase los oficios correspondientes, conforme lo señala el inciso final del artículo 192 del C.P.A.C.A.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


NELSON JAVIER LEMUS CARDOZO
JUEZ

YPSC