

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL TOLIMA

Sala de Oralidad

Magistrado Ponente: Luis Eduardo Collazos Olaya

Ibagué, tres (03) de marzo de dos mil veintidós (2022)

IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO

Medio de Control: Nulidad y restablecimiento del derecho
Radicación: 73001-33-33-010-2018-00368-01
Demandante: Marleny Montoya de Molina
Apoderado: Yeison Alfonso Moreno Bernal
Demandado: Caja de Retiro de la Policía Nacional
Apoderado: Daniel Alberto Manjarres Diaz
Vinculado: Nancy Tibaquirá Ureña
Apoderado: Martha Lucía González Ospina
Tema: Pensión de sobrevivientes

ASUNTO

Decidir el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandada contra la sentencia proferida el 09 de noviembre de 2020 por el Juzgado Décimo Administrativo del Circuito de Ibagué, que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.

1. ANTECEDENTES

1.1. La demanda

La señora Marleny Montoya de Molina ¹, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, instauró demanda contra la Caja de Retiros de la Policía Nacional, para que se acojan las pretensiones que en los apartados siguientes se precisan.

1.1.1. Pretensiones

Se declare la nulidad del acto administrativo contenido en la Resolución No. 6181 del 22 de agosto de 2016, expedida por el Director General de la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional, mediante la cual se denegó en calidad de cónyuge superviviente el reconocimiento y pago de la sustitución de la asignación mensual de retiro que percibía el señor Jesús Alfonso Molina Atehortúa (q.e.p.d.).

¹ Por medio de apoderado.

Consecuencia de la anterior declaración, a título de restablecimiento del derecho, se condene a la demandada a reconocer, liquidar y pagar la sustitución de la asignación mensual de retiro que percibía el señor Jesús Alfonso Molina Atehortúa (q.e.p.d.), en el monto y/o porcentaje que corresponda conforme al tiempo de convivencia de 25 años, con efectos a partir del 19 de mayo de 2016.

Se condene a la accionada al pago de las mesadas dejadas de percibir desde el 19 de mayo de 2016 hasta el día en que se realice el pago efectivo de la sustitución de la prestación, con la debida indexación.

Se condene a la demandada en costas y agencias en derecho.

1.1.2. Hechos

Las circunstancias fácticas, expuestas por el apoderado de la parte actora, en que se fundan las pretensiones de la demanda, en síntesis, son las siguientes:

El 30 de junio de 1977 la señora Marleny Montoya de Molina contrajo matrimonio católico con el señor Jesús Alfonso Molina Atehortúa (q.e.p.d.).

Durante la relación anterior se procrearon cuatro hijos.

La pareja convivió por un lapso de 25 años contados a partir de la fecha del matrimonio hasta el año 2002, cuando el señor Jesús Alfonso Molina Atehortúa (q.e.p.d.) tomó la decisión de separarse de hecho.

A través de la Resolución 10326 del 10 de diciembre de 2001 la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional le reconoció asignación de retiro al señor Jesús Alfonso Molina Atehortúa (q.e.p.d.).

El señor Jesús Alfonso Molina Atehortúa (q.e.p.d.) falleció el 19 de mayo de 2016.

Las señoras Marleny Montoya de Molina, en calidad de cónyuge, y Nancy Tibaquirá Urueña, en calidad de compañera permanente, concurrieron ante la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional con el fin de reclamar la sustitución de la asignación mensual de retiro que en vida percibía el señor Jesús Alfonso Molina Atehortúa (q.e.p.d.).

Mediante la Resolución 6181 del 22 de agosto de 2016, el director general de la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional ordenó el reconocimiento y pago de la sustitución de la asignación mensual de retiro a favor de la compañera permanente - en cuantía equivalente al total de la prestación que devengaba el causante -, y le negó la solicitud a la cónyuge, quien aquí funge como demandante.

La señora Marleny Montoya de Molina dependió económicamente de su esposo mientras perduró la referida convivencia por 25 años, e incluso también después de

la separación de hecho puesto que el occiso siguió contribuyendo económicamente para el sostenimiento del hogar hasta el final de sus días.

1.2. Contestación de la demanda

1.2.1. Nancy Tibaquira Ureña

Se opuso a las pretensiones de la demanda argumentando que la demandante perdió el derecho a sustituir la prestación por no tener convivencia con el causante los 5 años anteriores al fallecimiento.

1.2.2. Caja de Retiros de la Policía Nacional

No intervino en esta etapa procesal.

1.3. Sentencia de primera instancia

El Juzgado Décimo Administrativo del Circuito de Ibagué, en sentencia proferida el 09 de noviembre de 2020, sobre el asunto de que trata este proceso, resolvió:

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

SEGUNDO: Como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho CONDENÉSE a la CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE LA POLICÍA NACIONAL CASUR al reconocimiento de la pensión de sobreviviente de la asignación de retiro que en vida devengaba el señor Jesús Alfonso Molina Atehortúa, a favor de las señoras MARLENY MONTOYA DE MOLINA identificada con cedula de ciudadanía No 28.631.573 en calidad de cónyuge supérstite desde el 1 de junio del 2016 en adelante en un porcentaje equivalente al 55,56%, debidamente indexada de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la providencia, y para la señora NANCY TIBAQUIRA URUEÑA identificada con cedula de ciudadanía No 38.253.862 en calidad de compañera permanente sobreviviente en un porcentaje equivalente al 44,44%.

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

CUARTO: NIÉGUENSE las demás pretensiones de la demanda.

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

(...)”

Lo anterior se sustenta en las siguientes consideraciones:

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

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

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

Anotó, respecto de la señora Nancy Tibaquirá que, de acuerdo a la declaración de los testigos, convivió con el causante por el espacio de 20 años, hasta la fecha de fallecimiento, con lo cual se evidencia la posible existencia de una convivencia simultánea entre el año 1996 al año 2002.

Coligió, en orden a lo anterior, que se declararía que la señora Marleny Montoya de Molina tiene derecho a la sustitución pensional de la asignación de retiro que en vida devengaba el señor Jesús Alfonso Molina Atehortúa, en porcentaje proporcional al tiempo de convivencia con éste. Además, que *“acorde al tiempo de convivencia con el causante (Jesús Alfonso Molina Atehortúa), por parte de las señoras Marleny Montoya (25 años) como cónyuge y la señora Nancy Tibaquirá Urueña (20 años) como compañera permanente, los porcentajes de convivencia son 55.56% para la cónyuge supérstite y 44,44% para la compañera permanente.”*

1.4. La apelación

La Caja de Retiro de la Policía Nacional – CASUR - formuló recurso de apelación contra la referida decisión por inconformidad en la condena en costas, en su criterio el artículo 188 del CPACA, sobre el particular, remite a las normas del Código General del Proceso, y allí el artículo 365-5 establece que en caso de que prospere parcialmente la demanda, el juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial.

Aunado, indicó que la defensa de la entidad ha sido ejercida de buena fe, y que su actuar siempre ha sido ajustado a los parámetros legales.

1.5 Alegatos de conclusión en segunda instancia

La parte actora insistió en los argumentos expuestos en la demanda.

La entidad demandada reiteró lo dicho para sustentar el cargo del recurso de apelación.

El Ministerio Público no presentó concepto.

2. CONSIDERACIONES DE LA SALA

2.1. Saneamiento

No se observa causal que invalide la actuación hasta ahora surtida.

2.2. Competencia

Le asiste competencia al Tribunal, para resolver el recurso de apelación interpuesto, con fundamento en lo preceptuado en el artículo 153 de la Ley 1437 de 2011.

Asimismo, esta Sala se ceñirá a lo preceptuado en el artículo 328 del Código General del Proceso, por remisión del artículo 306 del CPACA; en cuanto a que se hará pronunciamiento únicamente sobre los argumentos expuestos por el apelante, sin dejar de lado las decisiones que se deban adoptar de oficio, en los casos previstos por la ley.

2.3. Procedibilidad del recurso de apelación

Acorde con lo señalado en el artículo 243 de la Ley 1437 de 2011, son apelables las sentencias de primera instancia, circunstancia que es la que se avizora en el presente caso.

2.4. Problema jurídico en segunda instancia

Atendiendo las consideraciones expuestas por el apelante único, corresponde a la Sala determinar si es viable la condena en costas en contra de la parte vencida.

2.4.1. Tesis de la Sala

Se confirmará la sentencia de primera instancia en razón a que no tiene vocación de prosperar el argumento del apelante para ser relevado de la condena en costas porque la imposición se ajusta a derecho, toda vez que se hizo en la sentencia y en contra de la parte que se opuso al reconocimiento de un derecho subjetivo amparado en sustento legal.

2.5. Análisis de la Sala

El recurrente argumenta que en virtud a lo dispuesto en el numeral 5 del artículo 365 del CGP en los casos en que prospere parcialmente la demanda, el juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial.

Pues bien, de acuerdo con el artículo 188 del CPACA, salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas.

Ahora, no es de recibo que en esta jurisdicción en materia de imposición de costas se aplica el Código General del Proceso, toda vez que, del mismo artículo 188, antes referido, se desprende que se hace tal remisión **solo** en lo que respecta a su liquidación y ejecución.

En sentencia proferida el 1 de abril de 2016 por el Consejo de Estado, con ponencia del Magistrado Carmelo Perdomo Cuéter, dentro del proceso con radicado 7001-23-33-000-2013-00065-01 promovido por el señor Ramiro Antonio Barreto Rojas contra la Unidad Administrativa de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social, se enfatizó en que el Juez Contencioso Administrativo no está atado a los postulados dispuestos en el artículo 365 del CPG para la imposición de costas. Sobre el particular la sentencia en comento reza:

“(...) a diferencia de lo que acontece en otras jurisdicciones (civil, comercial, de familia y agraria), donde la responsabilidad en materia de costas siempre es objetiva (artículo 365 del CGP), corresponde al juez de lo contencioso-administrativo elaborar un juicio de ponderación subjetiva respecto de la conducta procesal asumida por las partes, previa imposición de la medida, que limitan el arbitrio judicial o discrecionalidad, para dar paso a una aplicación razonable de la norma. (Subrayado fuera del texto)”

Con fundamento en las consideraciones antes expuestas, la misma Corporación, en sentencia de 18 de agosto de 2018 dentro del proceso con radicado 73001-23-33-000-2014-00723-01, sostuvo:

“(...) esta Sala considera que la referida normativa (se refiere al artículo 188 del CPACA) deja a disposición del juez la procedencia o no de la condena en

costas, ya que para ello debe examinar la actuación procesal de la parte vencida y comprobar su causación y no el simple hecho de que las resultas del proceso le fueron desfavorable a sus intereses, pues dicha imposición surge después de tener certeza de que la conducta desplegada por aquella comporta temeridad o mala fe (...)”.

En este orden, la imposición de costas comporta un análisis subjetivo del juez contencioso limitado solo por juicios de ponderación que pueden ir desde la temeridad hasta el cambio de precedente jurisprudencial, pasando por criterios de orden económico, entre otros.

Ahora, de acuerdo a la providencia recurrida el Juez condenó en costas a la entidad demandada, lo cual resulta razonable puesto que la parte actora debió desplegar todo un proceso judicial para el reconocimiento de un derecho subjetivo amparado en norma legal.

Corolario a lo antepuesto, no le asiste razón al recurrente respecto al cargo formulado frente a la condena en costas. Vale aclarar que respecto al monto de las agencias en derecho no se emite pronunciamiento alguno en razón a que no fue objeto de reproche.

De otro lado, si en gracia de discusión se aceptara que el fundamento legal para la resolución de costas es la mencionada por el apelante, ha de precisarse que la actora desde un primer momento reclamó la prestación en porcentaje proporcional a la convivencia con el causante, así que su pedimento no prosperó de manera parcial sino total.

2.6. Decisión de segunda instancia

En atención a que no prosperó el único cargo del recurso de apelación contra la decisión de primera instancia, se confirmará la sentencia proferida el 09 de noviembre de 2020 por el Juzgado Décimo Administrativo del Circuito de Ibagué, que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.

2.7. Costas y agencias del derecho en segunda instancia

Conforme al artículo 188 del CPACA, en esta instancia, se condenará en costas a la parte demandada y a favor de la demandante, las cuales se liquidarán conforme a los artículos 365 y subsiguientes del Código General del Proceso, lo cual se hará con fundamento en los mismos argumentos expresados para resolver el fondo de este asunto.

Se fijarán las agencias en derecho a favor de la parte demandante y a cargo de la parte demandada, en la suma equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Oralidad del TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL TOLIMA, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley.

FALLA

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 09 de noviembre de 2020 por el Juzgado Décimo Administrativo del Circuito de Ibagué, que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO: CONDENAR en costas a la parte demandada, en esta instancia, y a favor de la demandante, las cuales se liquidarán conforme a los artículos 365 y subsiguientes del Código General del Proceso.

Se fijan las agencias en derecho a favor de la parte demandante y a cargo de la parte demandada, en la suma equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente.

TERCERO: Ejecutoriada esta providencia, se devolverá el expediente al Juzgado de origen, y se harán las anotaciones pertinentes en el programa informático “Justicia Siglo XXI”.

Notifíquese y cúmplase,

La anterior providencia fue discutida y aprobada en Sala a través del uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones.

Los Magistrados,



JOSÉ ANDRÉS ROJAS VILLA

CARLOS ARTURO MENDIETA RODRÍGUEZ
(Ausente con licencia)



LUIS EDUARDO COLLAZOS OLAYA