

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL TOLIMA

MAGISTRADO PONENTE: JOSÉ ANDRÉS ROJAS VILLA

Ibagué, veinte de enero de dos mil veintidós.

RADICACIÓN: 73001-33-33-002-2017-00167-01
NÚMERO INTERNO: 0745/2020
MEDIO DE CONTROL: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
DEMANDANTE: Olga Lucia Meléndez González.
APODERADO: Teresita Ciendua Tangarife
DEMANDADO: Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional – Caja de Sueldos de Retiro de la Policía
APODERADO: Daniel Alberto Manjarres Díaz
REFERENCIA: Apelación Sentencia

Decide la Sala¹ el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la Sentencia del 13 de mayo de 2020, proferida por el Juzgado Segundo Administrativo Oral del Circuito de Ibagué, dentro del proceso promovido por Olga Lucia Meléndez González contra la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional -CASUR-, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda de la demanda.

ANTECEDENTES.

La demanda.

Mediante apoderada judicial la actora Olga Lucia Meléndez González haciendo uso del medio de control de nulidad y restablecimiento de derecho consagrado en el artículo 138 del C. de P. A. y de lo C. A, contra la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional -CASUR-, pretendiendo se le despachen de manera favorable las siguientes:

Declaraciones y condenas. (fls. 72 y 73, documento 003_CUADERNO PRINCIPAL, expediente digital)

¹ Atendiendo las pautas establecidas desde el Decreto 457 del 22 de marzo de 2020, mediante el cual se imparten instrucciones en virtud del “*Estado de Emergencia económico, social y ecológico*” decretado en el territorio nacional, y con fundamento en los estragos de la pavorosa plaga clasificada como SARS-CoV-2 por las autoridades sanitarias mundiales de la OMS, causante de lo que se conoce como la enfermedad del Covid-19 o popularmente “*coronavirus*”; y el Acuerdo PCSJA20-11526 del 22 de marzo de 2020, proferido por el Consejo Superior de la Judicatura, mediante la cual se tomaron medidas por motivos de salubridad pública, **la presente providencia fue discutida, aprobada y firmada por la Sala a través de correo electrónico y se notifica a las partes por el mismo medio.**

- Que se declare la nulidad parcial de la Resolución número 7005 de 26 de septiembre de 2016, expedida por la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional, por medio de la cual ordenó suspender el trámite de la sustitución de asignación mensual de retiro, a la que puede corresponder a la demandante.
- Que se declare la nulidad de la Resolución número 8640 del 17 de noviembre de 2016, expedida por la entidad demandada, por medio de la cual revocó parcialmente la Resolución número 7005 de 26 de septiembre de 2016, para en su lugar negar dicho reconocimiento prestacional, y dejar pendiente sustitución de asignación que le pueda corresponder al señor Steve Sarmiento Galindo en su calidad de hijo presuntamente discapacitado.

A título de restablecimiento del derecho.

- Que se condene a la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional a ordenar el reconocimiento y pago de la sustitución de la asignación de retiro a que tiene derecho la demandante, como consecuencia del fallecimiento del señor Nelson Sarmiento Moreno, ocurrida el 9 de marzo de 2016, con fundamento en lo establecido en las Leyes 447 de 1998, 100 de 1993, 797 de 2003, Decreto 4433 de 2004 y demás normas que guarden relación con el tema y sea favorable su aplicación; reconocimiento prestacional este que debe hacerse efectivo a partir de la fecha de su deceso, esto es, 9 de marzo de 2016 y hasta la fecha en que se materialice el mismo, junto con la indexación correspondiente de conformidad con la fórmula que al respecto ha establecido la Sección Segunda del Consejo de Estado.
- Que se dé cumplimiento a la sentencia que ponga fin al proceso en los términos establecidos en los arts. 192 y 195 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.
- Que se condene al pago de costas a la entidad accionada.

Fundamentos fácticos. (fls. 73 a 75, documento 003_CUADERNO PRINCIPAL, expediente digital)

En forma sucinta, la apoderada de la parte demandante expuso los siguientes hechos:

Que el señor Nelson Sarmiento Moreno (q.e.p.d) como miembro de la Policía Nacional en su condición de ex Agente, gozaba de la Asignación de Retiro que le fue reconocida mediante Resolución número 6353 del 20 de diciembre de 2006, la cual se hizo efectiva por la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional a partir del primero de enero de 2007 hasta la fecha de su deceso.

Que la señora Olga Lucía Meléndez González procedió a hacer vida marital de hecho con el señor Nelson Sarmiento Moreno, la cual se materializó el 14 de junio de 2005 y donde, a pesar de la existencia de esta unión con la actora, el ex policía contrajo igualmente matrimonio con la señora Luz Mery Galindo Torres para luego con Escritura Pública número 3.020 del 23 de septiembre de 2010 de la Notaría 17 del Círculo de Bogotá D.C., se decretara el divorcio y liquidación de la sociedad conyugal entre el hoy causante y la citada señora Galindo Torres, aclarando que,

durante todo el tiempo que duró la relación matrimonial legal, también hubo convivencia simultánea con la actora a través de la unión marital de hecho.

Que posteriormente, el señor Sarmiento Moreno y ante la separación legal que se dio con la pareja Luz Mery Galindo Torres, procedió a contraer nuevas nupcias con la señora Olga Lucía Meléndez González el 22 de junio de 2013 ante la Notaría Sexta del Circulo de Ibagué, protocolizada mediante Escritura Pública número 1233 de la misma fecha, e inscrito con el indicativo serial 5944845 ante la Registraduría Nacional del Estado Civil, unión esta de la que si bien se intentó su separación y liquidación de la sociedad patrimonial, la misma no pudo materializarse en la realidad fáctica, por cuanto su esposo falleció, incluso antes de darse el trámite legal correspondiente para dichos efectos procedimentales, lo que infiere que el vínculo matrimonial se mantuvo en el tiempo hasta la fecha de su deceso.

Asimismo, que dicha situación de convivencia de la actora con su fallecido esposo, desde el 14 de junio de 2005 inicialmente en unión marital de hecho como de su consiguiente matrimonio civil hasta la fecha del deceso, da cuenta bajo la gravedad de juramento ante Notario Público de testimonios, que los últimos 6 años de vida residieron en la Calle 122 No. 13ª -38 del Barrio Mirador Cantabria, Torre 10, apartamento 104 de Ibagué.

Recalcó que se puede establecer convivencia durante los últimos cinco años como pareja en calidad de esposos, que el señor Nelson Sarmiento Moreno (q.e.p.d) estando disfrutando de la asignación de retiro en su condición de Agente retirado de la Policía Nacional, el 9 de marzo de 2016 se produjo su deceso. A pesar de haberse anunciado entre la pareja la posible reparación legal de cuerpos, nunca se disolvió de hecho, sosteniéndose por tanto dicha unión matrimonial bajo el mismo techo y lecho desde el propio momento desde que se estableció la relación de hecho como pareja -14 de junio de 2005-.

Que posteriormente y como consecuencia del fallecimiento del Agente de la Policía Nacional, la accionante en su calidad de esposa legítima mediante escrito radicado el 22 de marzo de 2016 procedió a solicitar al Director General de la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional el reconocimiento y pago de la sustitución pensional que devengaba en vida el policía.

Que la entidad demandado expidió la Resolución 7005 del 26 de septiembre de 2016, por medio de la cual dejó en suspensión el trámite de la sustitución de asignación mensual de retiro de Olga Lucía Meléndez González; la actora presentó recurso de reposición, siendo resuelto con Resolución número 8640 del 17 de noviembre de 2016 por medio del cual revocó la número 7005 de la misma anualidad, para en su lugar, negar la sustitución de asignación mensual de retiro por no demostrar la convivencia real y efectiva con el extinto policía.

Normas violadas y concepto de la violación. (Fls. 75 a 83, documento 003_CUADERNO PRINCIPAL, expediente digital)

A juicio de la apoderada de la parte actora, se trasgredieron los artículos 1, 2, 13, 25, 48, 53, 54, 84, 90 y 209 de la Constitución Política de Colombia, Ley 100 de 1993, arts. 43 y 48, Ley 447 de 1998, Ley 797 de 2003, Decreto 4433 de 2004, arts. 11 y 40.

Manifestó que, se le ha privado del derecho a la igualdad de oportunidades como legal beneficiaria de la prestación pensional, siendo este su único seguro de sustento para llevar una vida digna.

Aseveró que por parte de la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional -Casur- existe violación de disposiciones del Decreto 4433 de 2004, ya que cumple con los requisitos allí establecidos y pese a esto no le fue reconocida la sustitución de la asignación de retiro. Además, señaló que cumple con los requisitos de la ley 100 de 1993, modificados por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, de manera que, tiene derecho a hacerse acreedora del beneficio pensional de su esposo.

Por otra parte, recalcó que las Altas Cortes han procurado superar la discriminación que existía en la ley, con relación a la posibilidad de solicitar la pensión sustitutiva por parte de la cónyuge supérstite, postura que obedece a la prevalencia del principio material para la definición del beneficiario, en orden a reconocer, a partir de la realidad, según cada caso, a la persona o personas que convivieron y brindaron ayuda y apoyo en la fase de la vida del causante.

Que la otra razón constitucional que explica esa posición, es reconocer el accionante dependía económicamente del fallecido, siendo sujeto de especial protección, merecedora de un tratamiento particular acorde a sus diferencias con relación al conjunto de la sociedad; pues el fallecido tuvo la sociedad conyugal vigente con la actora como su legítima esposa, y en segundo término, el fallecido mantuvo su convivencia simultánea con la hoy reclamante, incluso, en plena vigencia de su anterior matrimonio con la señora Luz Mery Galindo Torres.

Contestación de la demanda.

Corrido el traslado de la demanda, de conformidad a la constancia secretarial del 19 de diciembre de 2017 (fl. 112, documento *003_CUADERNO PRINCIPAL*, expediente digital), la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional “Casur”, **guardó silencio**, tal y como se consigna en constancia secretarial. (fl. 113, documento *003_CUADERNO PRINCIPAL*, expediente digital).

Steve Sarmiento Galindo. (fl. 141, documento *003_CUADERNO PRINCIPAL*, expediente digital)

En audiencia inicial de fecha 30 de enero de 2019 (fls. 129 a 131, documento *003_CUADERNO PRINCIPAL*, expediente digital), el Juzgado Segundo Administrativo Oral del Circuito de Ibagué ordenó vincular al señor Steve Sarmiento Galindo, por tener interés en las resultas del proceso, por cuanto ostenta la calidad de hijo en condición de invalidez del señor agente de la Policía Nacional Nelson Sarmiento Moreno (q.e.p.d).

No obstante, en constancia secretarial del 14 de mayo de 2019, en el que se certificó que durante el tiempo para contestar demanda, el señor Steve Sarmiento Galindo **guardó silencio**.

Nación - Ministerio de Defensa Nacional - Policía Nacional - Caja de sueldos de Retiro de la Policía Nacional -CASUR. (Fls. 113, documento *003_CUADERNO PRINCIPAL*, expediente digital).

Guardó silencio.

Ministerio Público (fl. 141, documento 003_CUADERNO PRINCIPAL, expediente digital)

Guardó silencio.

La sentencia apelada (fls. 166 al 176, documento 003_CUADERNO PRINCIPAL, expediente digital)

El Juzgado Segundo Administrativo Oral del Circuito de Ibagué, en sentencia proferida el 13 de mayo de 2020, negó las pretensiones de la demanda. Como fundamento de su decisión indicó que en el expediente prestacional del señor Sarmiento Moreno consignado en CD obrante a folio 111 del expediente, corre documento de fecha 25 de febrero de 2016 en el que se plasmó la voluntad del señor Nelson Sarmiento Moreno y de la señora Olga Lucía Meléndez González.

Afirmó que de dicho documento no se colige que el fallecido viviera en compañía de la accionantes al momento de su defunción, puesto que cursaban trámites para su separación, y que en el acuerdo al que arribaron, se indicó además que el matrimonio y la consecuente convivencia databan del 2013, sin que con anterioridad hubiera convivencia alguna.

Seguidamente, manifestó que al no hallarse satisfechos los requisitos para que proceda el reconocimiento de la sustitución de asignación de retiro que reclama la señora Olga Lucía Meléndez, niega las pretensiones de la demanda y los actos administrativos combatidos conservarán su validez. Por otra parte, respecto al señor Steve Sarmiento Galindo, hijo del señor Nelson Sarmiento y quien alega encontrarse en situación de discapacidad física, precisó que no compareció a las diligencias a usar su derecho de defensa y contradicción, por lo que respecto a él no hubo lugar a reconocimiento prestacional alguno.

La apelación (fls. 178 a 182, documento 003_CUADERNO PRINCIPAL, expediente digital).

La actora inconforme con la decisión de primera instancia interpone recurso de apelación argumentando que no se le está dando el valor que amerita a las pruebas testimoniales, ya que los testimonios fueron practicados ante el mismo juzgado de forma libre, consistente, espontánea y sin que los mismos hubieren sido cuestionados o controvertidos por la parte pasiva, por tal motivo no se pueden desestimar por el simple hecho de no puntualizar el día, la hora, el mes y año exacto de iniciación de coexistencia.

Agregó que yerra el *a quo* al establecer la posición jurídica para la denegatoria de las pretensiones de la demanda, por cuanto si bien es cierto, los declarantes no concretaron exactamente el día en que comenzaron su coexistencia bajo el mismo techo y lecho como tal; también lo es, que ello no obligaba a los testimoniantes a tener que acordarse precisamente en que día, año y hora específicamente procedieron a unir sus vidas, dado que a su juicio, este es un aspecto que tan solo lo puede determinar a ciencia cierta y con la precisión la propia pareja como tal y no específicamente los testigos, dado que ellos tan solo están en la obligación de manifestar lo que les consta de la pareja por el conocimiento que tenía de ella.

Recalcó que los testimonios fueron vertidos ante el juzgado de forma libre, consciente y espontánea, sin que fueran cuestionados o controvertidos por la parte pasiva de la que incluso en ningún momento ha hecho presencia en el proceso, testimonios quienes establecieron uniformemente que la convivencia de la pareja se inició hace más de 10 años y que posteriormente se casaron, lo que a su juicio es totalmente creíble, itero, máxime cuando tales declaraciones no fueron tachadas de falsas o espurias. Además, que las manifestaciones de los testigos en ningún momento resultan contradictorias entre sí, ni dan muestra de hechos inverosímiles o poco creíbles que le resten mérito y valor a la prueba.

Por otra parte, respecto al documento suscrito en el que se manifestó la voluntad de su no convivencia como pareja matrimonial, indicó que tal instrumento si bien fue suscrito por la señora Olga Lucía Meléndez y Nelson Sarmiento Moreno (q.e.p.d.), ello no significa per se que tal manifestación se hubiere materializado en la práctica por la pareja, máxime cuando en ningún momento esta circunstancia fue ratificada con el procedimiento de ser elevado a la calidad de escritura pública como lo demanda el ordenamiento jurídico para ser tenido como tal, teniendo por ende, vida jurídica en la actualidad el citado matrimonio legalmente contraído.

De la misma manera alegó que, si bien tienen la existencia de aquel documento, también lo es que ello quedó simple y llanamente en letra muerta por cuanto como lo corroboran los testigos bajo la gravedad del juramento, quien atendió al obitado en sus últimos años de vida y particularmente en el momento de su hospitalización y deceso lo fue precisamente la accionante y no otra persona diferente.

TRAMITE DE SEGUNDA INSTANCIA

Mediante auto de sustentación del 6 abril de 2021 (fls. 1 a 7, documento 005_73001-33-33-002-2017-00167-01 N y R de Olga Lucía Meléndez González Vs. CASUR - Admite apelación, expediente digital) se admitió el recurso de apelación; con auto de sustanciación del 22 de abril de 2021 (fls. 1 al 3, documento 010_Auto Corre Traslado alegar, expediente digital) se ordenó correr traslado a las partes, para que presenten sus respectivos alegatos de conclusión y al Ministerio Público para que emitiera su concepto.

Alegatos de conclusión

De la parte demandante (fls. 2 a 5, documento 015_PARTE ACTORA ALEGA DE CONCLUSIÓN-fusionado, expediente digital)

La apoderada judicial de la parte actora allegó escrito reiterando los argumentos expuestos en la demanda y en el recurso de apelación interpuesto, concluyendo que debe tenerse en cuenta la Escritura Pública número 1233 del 22 de junio de 2013 de la Notaría Sexta del Círculo de Ibagué, por medio de la cual se solemnizó legalmente el matrimonio civil de la pareja correspondiente a Nelson Sarmiento Moreno (q.e.p.d.) y Olga Lucía Meléndez González, la cual no ha sido declarada nula por autoridad competente, lo que infiere que este matrimonio estuvo vigente, incluso hasta el día de hoy.

Recalcó que debe tenerse en cuenta que para estos efectos legales y de acuerdo a nuestra legislación civil, que el vínculo del matrimonio como se hace se deshace, es decir, si aquél se formalizó mediante Escritura Pública su disolución y/o divorcio,

por imperativo legal tiene que darse de la misma manera, esto es mediante escritura pública cuando existe mutuo acuerdo para ello, o en su defecto, si es contencioso, a través de una sentencia judicial que así lo establezca un juez de la República, por lo que entonces, aquel documento extra procesal firmado voluntariamente entre los cónyuges y de marca mayor para el *a quo* como prueba supuestamente irrefutable para la denegatoria de las pretensiones de la demanda, carece de los efectos jurídicos para deslegitimar o declarar nulo el matrimonio civil que fue materializado a través de la Escritura Pública número 1233 del 22 de junio de 2013 de la Notaría Sexta del Circuito de Ibagué.

De la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional (fl. 2 a 11, documento 014_ALEGATOS CASUR-fusionado, expediente digital)

El apoderado judicial de la entidad demandada presentó escrito de alegatos, solicitando tener en cuenta los argumentos esbozados por el Juez de primera instancia, y que así se confirme la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Administrativo Oral del Circuito de Ibagué.

Ministerio Público.

El agente del Ministerio Público no emitió concepto.

Transcurridos los términos y etapas procesales, y no habiendo nulidades que decretar; se procede a resolver el fondo del asunto y para ello resulta necesario plantear las siguientes.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

La competencia.

Este tribunal es competente para conocer de la presente apelación de conformidad con los artículos 104 Inc. 1º, 153 y 243 de la Ley 1437 de 2011 Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo; pues se cuestiona una sentencia proferida por un Juez del Circuito Administrativo de Ibagué en la que es parte una entidad pública, por causa de una actuación sujeta al derecho administrativo.

Es importe esclarecer que, el límite competencial del *ad quem* en la resolución del conflicto lo marca el libelo impugnatorio, como tantas veces se reconoce en la jurisprudencia² y lo tiene definido el Legislador -artículos 320 y 328 del Código General del Proceso y artículo 306 de la Ley 1437 de 2011-; lo anterior, sin perjuicio de los deberes que se imponen al Juez Especializado de lo Contencioso para aplicar las disposiciones que rigen nuestra jurisdicción.

² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sala Plena, Consejero ponente: Mauricio Fajardo Gómez; Sentencia del 9 de febrero de 2012, Radicación número: 50001-23-31-000-1997-06093-01 (21060), Actor: Reinaldo Idárraga Valencia y Otros, Demandado: Nación - Ministerio de Defensa – Ejército Nacional.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “A”, Consejero Ponente: William Hernández Gómez; Sentencia del 22 de noviembre de 2018, Radicación número: 08001-23-33-000-2014-01649-01 (2275-16), Actor: Jennifer Sarmiento Sossa, Demandado: Ministerio de Defensa, Policía Nacional, Dirección de Sanidad de la Policía y Clínica de la Policía Nacional.

Problema jurídico.

En virtud de lo expuesto, la Sala entrará a analizar si confirma o revoca la sentencia de primera instancia del *a quo*, para lo cual deberá establecer si el juez de primera instancia realizó una indebida valoración probatoria, tal y como lo expresó la parte apelante.

Como consecuencia de lo anterior, se determinará si los actos administrativos demandados están viciados de nulidad, asimismo, si la demandante tiene derecho a que la Caja de Sueldos de Retiro de las Fuerzas Militares le reconozca y pague la pensión de sustitución como consecuencia del fallecimiento de su esposo Nelson Sarmiento Moreno.

Marco normativo.

De la nulidad y restablecimiento del derecho

La acción de nulidad y restablecimiento del derecho tiene fundamento en la disposición prevista en el Artículo 138 del C. de P. A. y de lo C. A., que está al alcance de toda persona que considere haber sufrido agravio en sus derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico superior, ejercicio con el cual se obtienen, de forma simultánea, tanto la nulidad del acto como el restablecimiento de los derechos personales violados por la decisión contenida en el acto o en los actos objeto de demanda.

Del principio de legalidad enunciado se aprecia, claramente, que la acción se origina en **un acto administrativo** que el demandante considera ilegal; **persigue** (objeto) la nulidad del acto y además el restablecimiento de un derecho, y/o la indemnización y/o la devolución de lo indebidamente pagado. Tal acción se encamina a: 1) **impugnar** la validez de un acto jurídico administrativo y, como declaración consecencial, 2) **restablecer** el derecho subjetivo lesionado.

La señora **Olga Lucia Meléndez González** ha ejercido la acción de nulidad y restablecimiento del derecho a efecto de cuestionar las resoluciones **No. 7005** de septiembre de 2016, en cuanto la entidad ordenó suspender el trámite de la sustitución de asignación mensual de retiro, a la que pusiese tener derecho la demandante y la **No. 8640** del 17 de noviembre de 2016, donde revocó parcialmente el acto administrativo primigenio, dejando en suspenso el derecho que le pueda corresponder al señor Steve Sarmiento Galindo, en calidad de hijo en condición de discapacidad del causante.

Por ende, la acción que procede es la de nulidad y restablecimiento del derecho.

Al respecto se observa que se trata de un acto que impone una decisión administrativa proferida en una entidad pública que afecta, por no satisfacer o atender un derecho o interés subjetivo, individual o concreto; por consiguiente, es susceptible de control por esta jurisdicción mediante la acción que se ha promovido, y este Despacho es competente para conocer de ello.

El Consejo de Estado³ ha advertido al respecto:

³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero Ponente: Dr. Germán Rodríguez Villamizar; Sentencia del 7 de septiembre de 2.000, Actor: María del Consuelo Herrera Osorio, Demandada: La Nación - Ministerio de Comunicaciones.

“Conforme lo ha precisado la doctrina y la jurisprudencia, el acto administrativo es una especie dentro del género de los actos jurídicos, caracterizado por ser expresión del ejercicio de la función administrativa del Estado, independientemente del órgano que lo expide o produce⁴, entendida ésta como aquella actividad estatal que cumplen o desarrollan los agentes del Estado y lo particulares expresamente autorizados por la ley⁵, la cual, a diferencia de la función legislativa, se ejerce en el plano sublegal⁶, y, que excepto las supremas autoridades administrativas, por esencia, participa de la presencia de un poder de instrucción⁷.

Por lo tanto, desde el punto de vista de su contenido, el acto administrativo consiste entonces en la expresión de la voluntad, generalmente unilateral⁸, de la administración o de los particulares -expresamente autorizados para hacerlo-, en cumplimiento de función administrativa, dirigida a crear, modificar o extinguir situaciones jurídicas particulares o generales, entendidas éstas a su vez, como las distintas posiciones que pueden tener las personas frente a determinadas normas o formas de derecho, como por ejemplo, las situaciones de servidor público, contribuyente, usuario de un servicio público, contratista, oferente, etc.

En ese contexto, desde el punto de vista de su estructura, los elementos del acto administrativo son los siguientes: a) El objeto (una decisión); b) la competencia (facultad o capacidad para producir el acto); c) los motivos (razones de hecho y de derecho que sirven de fundamento a la decisión); d) las formalidades (conjunto de requisitos sucesivos que integran un procedimiento para la expedición del acto), y e) la finalidad (objetivo o propósito que se busca alcanzar con el acto, la cual comprende una común de todo acto, que es el interés general, y las específicas de cada acto en particular), los cuales, desde un perspectiva metodológica de su presentación, podría decirse que corresponden, en su orden, a los siguientes interrogantes: qué, quién, por qué, cómo y para qué.”. El acto demandado pues, cumple con todos estos requisitos y por ello es un acto administrativo digno de ser juzgado.

De la sustitución pensional

En el asunto sub judice, se fijó el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública contenido en el Decreto 4433 de 2004, frente a la sustitución de la asignación de retiro estableció:

“ARTÍCULO 40. Sustitución de la asignación de retiro o de la pensión. A la muerte de un Oficial, Suboficial, alumno de la escuela de formación o Soldado de las Fuerzas Militares, Oficial, Suboficial, miembro del Nivel Ejecutivo, Agente o alumno de la escuela de formación de la Policía Nacional, en goce 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.”

⁴ GORDILLO, Agustín, “Tratado de Derecho Administrativo - El Acto Administrativo”, 1ª Ed. Colombiana, Edit. Biblioteca Jurídica Dike, Santafé de Bogotá, 1999, pág. I-14.

⁵ Como es el caso por ejemplo de las Cámaras de Comercio, a quienes la ley les ha encomendado el manejo del registro mercantil (arts. 26 y 27 del Código de Comercio) y el registro de proponentes para la contratación estatal (art. 22 de la ley 80 de 1993), o la función notarial confiada a particulares (art. 1º del decreto 960 de 1979), o las entidades bancarias en cumplimiento del encargo de recaudación de tributos, etc.

Entendiendo que la sustitución pensional, es una garantía a diferentes derechos fundamentales como el mínimo vital, la igualdad, la dignidad humana, e incluso, la salud, y desarrolla el principio superior de solidaridad, ya que es un mecanismo de protección para los familiares del trabajador pensionado, ante el posible desamparo en que puedan quedar por razón de la muerte de éste, el Decreto 4433 de 2004 determinó quienes pueden ser beneficiarios:

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

11.1 La mitad al cónyuge o compañero (a) permanente sobreviviente y la otra mitad a los hijos menores de 18 años e hijos estudiantes mayores de 18 años y hasta los 25 años si dependían económicamente del causante al momento de su muerte, siempre y cuando acrediten debidamente su condición de estudiantes y a los hijos inválidos si dependían económicamente del causante.

(...)

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

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

(...)

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 serán 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.” (negrilla fuera de texto).

La señora Olga Lucía Meléndez González se encuentra en el literal A específicamente en el apartado que dice *“En forma vitalicia, el cónyuge”*, en este caso se tiene que la accionante cumple con el requisito consagrado en el artículo 11; pero hay que tener en cuenta la acreditación de vida marital con el causante hasta su muerte y haber convivido con el fallecido no menos de 5 años continuos inmediatamente anteriores a su muerte.

Además, el decreto en mención indica el orden de beneficiarios y la proporción a la que pueden tener derecho los miembros del grupo familiar del oficial, suboficial,

agente o miembro del nivel ejecutivo que fallezca en servicio activo o en goce de la asignación de retiro o pensión por vejez y dispuso que, para acceder a la sustitución pensional, la cónyuge o la compañera permanente debe acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante y que convivió con él no menos de 5 años continuos inmediatamente anteriores a su deceso.

Asimismo, la Ley 923 de 2004 delimitó los elementos mínimos frente a la sustitución de la asignación de retiro de los agentes de la Fuerza Pública

“ARTÍCULO 3o. ELEMENTOS MÍNIMOS. El régimen de asignación de retiro, la pensión de invalidez y sus sustituciones, la pensión de sobrevivientes, y los reajustes de estas, correspondientes a los miembros de la Fuerza Pública, que sea fijado por el Gobierno Nacional, tendrá en cuenta como mínimo los siguientes elementos:

(...)

3.7.1. 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.

(...)

En caso de convivencia simultánea en los últimos cinco (5) años, antes del fallecimiento del causante entre un cónyuge y una 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 numeral 3.7.1 en un porcentaje proporcional al tiempo convivido con el causante siempre y cuando haya sido superior a los últimos cinco (5) años antes del fallecimiento del causante. La otra cuota parte le corresponderá a la cónyuge con la cual existe la sociedad conyugal vigente (...)”

Este régimen dispuso que, la cónyuge o compañera permanente que pretenda acceder a la sustitución pensional debe acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante y que convivió con él por un lapso de tiempo no menor a 5 años continuos inmediatamente anteriores a su deceso.

Por otra parte, frente al principio de buena fe, la Constitución Política de Colombia de 1991 elevó a rango constitucional y consagró:

“ARTICULO 83. Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante éstas.”

Señalando que es consistente en el estado mental de honradez, de convicción en cuanto a la verdad o exactitud de un asunto, hecho u opinión, o la rectitud de una conducta, estableciendo que se presume que los particulares actúan de manera honesta, leal y conforme a las acciones que podrían esperarse de una persona correcta.

Caso concreto.

En el caso sometido a consideración de la Sala, la señora Olga Luía Meléndez presentó acción de nulidad y restablecimiento de derecho, solicitando se declare la nulidad de las resoluciones No. 7005 del 26 de septiembre de 2016 y No. 8640 del 17

de noviembre de 2016, conjuntamente que se condene a la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional a ordenar el reconocimiento y pago de la sustitución de la asignación de retiro a que tiene derecho la demandante, como consecuencia del fallecimiento del señor Nelson Sarmiento Moreno.

La Caja de Suelos de Retiro de la Policía Nacional y el vinculado Steve Sarmiento Galindo durante el término concedido para contestar demanda guardaron silencio.

El Juzgado Segundo Administrativo Oral del Circuito de Ibagué en fallo del 13 de mayo de 2020, negó las pretensiones de la demanda, pues consideró no probado con claridad el lapso de convivencia entre la actora y su difunto esposo, además de tener en cuenta la voluntad que plasmaron ambos al manifestar que iban a separarse jurídicamente y de cuerpos.

Por su parte, la accionante impugnó el fallo de primera instancia argumentando que no se le está dando el valor que amerita a las pruebas testimoniales, recalcando que no fueron controvertidos en ningún momento, y que establecieron uniformemente que la convivencia de la pareja se inició hace más de 10 años y que posteriormente se casaron, lo que a su juicio es totalmente creíble, máxime cuando las declaraciones no fueron tachadas de falsas o espurias, ni resultan contradictorias entre sí.

Por otra parte, respecto del documento suscrito en el que se manifestó la voluntad de su no convivencia como pareja matrimonial, indicando que tal instrumento si bien fue suscrito por la señora Olga Lucía Meléndez y Nelson Sarmiento Moreno (q.e.p.d.), ello no significa que tal manifestación se hubiere materializado en la práctica por la pareja, máxime cuando en ningún momento esta circunstancia fue ratificada con el procedimiento de ser elevado a la calidad de escritura pública como lo demanda el ordenamiento jurídico para ser tenido como tal, teniendo por ende, vida jurídica en la actualidad el matrimonio legalmente contraído. Alegó que, si bien tienen la existencia de aquel documento, también lo es que ello quedó simple y llanamente en letra muerta por cuanto como lo corroboran los testigos bajo la gravedad del juramento, quien atendió al fallecido en sus últimos años de vida y particularmente en el momento de su hospitalización y deceso lo fue precisamente la accionante y no otra persona diferente.

Hechos probados

Al interior del expediente obran los documentos que se relacionan a continuación, y que no fueron tachados por la parte accionada, razón por la cual pueden y deben ser tenidos como fundamento fáctico del reclamo constitucional elevado:

- Hoja de Servicios número 03287072 del 29 de noviembre de 2006, expedido por la Policía Nacional -Dirección de Recursos Humanos. (fl. 2 del CD 4 visible en folio 111 del cuaderno principal).

El documento demuestra que el señor Nelson Stick Sarmiento Galindo se retiró del servicio el 16 de octubre de 2006 como Agente Nacional de la Policía Nacional.

- Resolución No. 6353 del 20 de diciembre de 2006 *“Por la cual se reconoce y ordena el pago de asignación mensual de retiro, en cuantía equivalente al 74%, la señora (A) AG ® SARMIENTO MORENO NELSON, con C.C. No. 93287072”* expedida por el Director General de la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional. (fl. 5 y 6, documento 003_CUADERNO PRINCIPAL, expediente digital)

Este acto administrativo prueba que al señor Nelson Moreno Sarmiento, conforme los Decretos 1213 de 1990, 1791 del 2000, 4433 de 2004 y demás normas concordantes en la materia, se le reconoció y ordenó pagar con cargo a la Policía Nacional, una asignación mensual de retiro en cuantía equivalente al 74% del sueldo básico de actividad para el grado y partidas legalmente computables, efectiva a partir del 16 de enero de 2007.

- Registro civil de defunción (fl. 7, documento *003_CUADERNO PRINCIPAL*, expediente digital)

La documental da cuenta que el señor Nelson Moreno Sarmiento **falleció el 9 de marzo de 2016**.

- Acta de declaración extra proceso No. 2375-2016 (fl. 33, documento *003_CUADERNO PRINCIPAL*, expediente digital)

Lo anterior prueba que el señor Edwar Wilberto Lozano Triana, declaró ante la Notaria Primera del Circulo de Ibagué que le consta que la actora convivió y compartió mesa, lecho y techo desde el 14 de junio de 2005 y posteriormente contrajo matrimonio civil el día 22 de junio de 2013 con el señor Nelson Sarmiento Moreno, hasta el momento de su defunción.

- Acta de declaración extra proceso No. 2390-2016 (fl. 34, documento *003_CUADERNO PRINCIPAL*, expediente digital).

Lo anterior prueba que la señora María del Rosario Duran Peñaloza, declaró ante la Notaria Primera del Circulo de Ibagué que le consta que la actora convivió y compartió mesa, lecho y techo desde el 14 de junio de 2005 y posteriormente contrajo matrimonio civil el día 22 de junio de 2013 con el señor Nelson Sarmiento Moreno, hasta el momento de su defunción.

- Acta de declaración extra proceso número 3940-2016 (fls. 35 y 36, documento *003_CUADERNO PRINCIPAL*, expediente digital)

Lo anterior prueba que el señor Arnovel Sarmiento Moreno, declaró ante la Notaria Sesenta y Seis del Circulo de Bogotá D. C. que conoció de vista, trato y comunicación desde el año 2008 a la señora Olga Lucía Meléndez Gonzales quien convivía con su hermano Nelson Sarmiento Moreno hasta el momento de su fallecimiento.

- Acta de declaración extra proceso No. 3940-2016 (fl. 37, documento *003_CUADERNO PRINCIPAL*, expediente digital)

Lo anterior prueba que la señora Luz Piedad Giraldo Ramírez, declaró ante la Notaria Primera del Circulo de Ibagué que le consta que la actora convivió y compartió mesa, lecho y techo desde el 22 del 2006 con el señor Nelson Sarmiento Moreno, hasta el momento de su defunción.

- Registro civil de matrimonio con indicativo serial 5944845 (fl. 38, documento *003_CUADERNO PRINCIPAL*, expediente digital)

La documental prueba que el **22 de junio de 2013** el señor Nelson Sarmiento Moreno y la señora Olga Lucia Meléndez González contrajeron matrimonio.

- Certificación de la Sociedad de Personas con Discapacidad – Policía Nacional – SOPDISPONAL. (fl. 40, documento *003_CUADERNO PRINCIPAL*, expediente digital)

La documental certifica que la señora Olga Lucía Meléndez Gonzales se encontraba afiliada como beneficiaria del señor Nelson Sarmiento Moreno al servicio de

Asistencia Funeraria desde el **14 de septiembre de 2009**, expedida el 26 del mes de abril de 2017, encontrándose en el registro como la esposa del Titular.

- Resolución No. 7005 del 26 de septiembre de 2016 *“Por la cual se suspende sustitución de asignación mensual de retiro con fundamento en el expediente a nombre del extinto AG ® SARMIENTO MORENO NELSON, identificado con cédula de ciudadanía No. 93287072”* expedida por el Director General de la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional. (fls. 42 al 45, documento 003_CUADERNO PRINCIPAL, expediente digital)

Este acto administrativo prueba que:

i. que en la hoja de servicios número 93287072 del 29 de noviembre de 2006, el causante le figuraba casado con la señora Luz Mery Galindo Torres el 25 de enero de 1986 con escritura pública número 3.020 del 23 de noviembre de 2010 de la notaria 17 del Círculo de Bogotá por la cual se decreta el divorcio - liquidación de la sociedad conyugal entre el causante y la señora en mención.

ii. Que el causante contrajo nuevas nupcias por lo civil con la señora Olga Lucía Meléndez González el **22 de junio de 2013**. Asimismo, que la aquí accionante radicó escrito con radicado 2016011963 ID 137973 del **22 de marzo de 2016**, solicitando el reconocimiento de sustitución de asignación mensual de retiro en calidad de cónyuge supérstite, aportando manifestación rendida bajo juramento donde expresó: *“Declaró que hice vida marital de hecho compartiendo lecho, techo y mesa con el señor NELSON SARMIENTO MORENO (Q.E.P.D.) quien en vida se identificó con cédula de ciudadanía número 93.287.072 de Líbano, desde el junio 22 de 2006 hasta el 09-03-2016, día del fallecimiento de mi esposo. Así mismo declaro que convivimos de manera continua y permanente en la CALLE 122 No. 13ª 38 Barrio Mirador de Cantabria Torre 10 Apto 104, de la ciudad de Ibagué”*.

iii. el acto administrativo evidencia que la entidad ordenó suspender el trámite de la sustitución de asignación mensual de retiro que pueda corresponder a la señora Olga Lucía Meléndez González y/o al señor Steve Sarmiento Galindo.

- Resolución No. 8640 del 17 de noviembre de 2016 *“Por la cual se resuelve recurso de reposición contra la Resolución 7005 de 26-09-2016, con fundamento en el expediente a nombre del extinto AG ® SARMIENTO MORENO NELSON quien se identificaba con cédula de ciudadanía No. 93287072”* expedida por el Director General de la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional. (fls. 47 y 48, documento 003_CUADERNO PRINCIPAL, expediente digital)

Este acto administrativo prueba que, la entidad resolvió el recurso de reposición interpuesto contra la resolución No. 7005 de 26 de septiembre de 2016 por la señora Olga Lucía Meléndez González, y como consecuencia revocar parcialmente el citado acto administrativo en el sentido de **negar sustitución de asignación mensual de retiro a la actora** y dejar pendiente cuota de sustitución de asignación mensual de retiro que pueda corresponder al señor Steve Sarmiento Galindo en calidad de hijo discapacitado.

Lo anterior, expresando respecto del estudio del reconocimiento de la sustitución de asignación mensual de retiro que solicita la señora Olga Lucía Meléndez González en calidad de cónyuge supérstite del extinto AG (f) que, a la luz de los resultados y pruebas existentes en el expediente administrativo, la recurrente *“...desde el inicio de la solicitud de reconocimiento no estaba dispuesta a informar a Esta Entidad el mencionado ACUERDO CONCILIATORIO del 25-02-2016, debido a que, en la declaración No 1061-2016 de fecha 16-03-2016, a folio 72 del expediente administrativo, se visualiza que bajo la gravedad del juramento manifestó lo siguiente **No hubo separación de cuerpos ni***

tampoco disolución y liquidación de la sociedad conyugal" . Indicó que finalmente a pesar de las diferentes solicitudes y oportunidades por parte de la entidad, no logró demostrar la convivencia real y efectiva con el extinto policial, tal y como lo establece el Decreto 4433 de 2004, en su artículo 11, numeral 11.5 Parágrafo 2, literal a. Razón por la cual fue procedente suspender el reconocimiento de la sustitución pensional a la citada señora.

De tal manera, recalcó la procedencia de revocar parcialmente la resolución, en el sentido de negar el trámite de la sustitución de asignación mensual de retiro que pueda corresponder a la señora Olga Lucía Meléndez González, identificada con la cédula 38.140.873.

- Facturas comerciales No. 0047 y 3124 (fls. 50 y 51, documento 003_CUADERNO PRINCIPAL, expediente digital)

Las documentales evidencian que el 8 de junio de 2009 y el 22 de julio de 2009, Nelson y Olga Meléndez realizaron compras conjuntas de bienes.

- Contratos de arrendamiento (fls. 53 al 71, documento 003_CUADERNO PRINCIPAL, expediente digital)

Estos documentos evidencian que el señor Nelson Sarmiento Moreno y la señora Olga Lucía Meléndez suscribieron conjuntamente contratos de arrendamiento desde el 16 de febrero de 2013 hasta el 5 de diciembre de 2015.

- En el curso del proceso rindieron declaración las señoras Luz Piedad Giraldo Ramírez, María del Rosario Duran Peñaloza y el señor Arnovel Sarmiento Moreno (fl. 119, documento CD 5, 2017-167 audio audiencia de pruebas, expediente digital)

Los cuales dan cuenta que la actora convivió más del término exigido por el ordenamiento jurídico aplicable al caso y hasta el momento de la muerte del exagente Nelson Sarmiento Moreno.

- Acta número 04388 de audiencia de conciliación celebrado con un Conciliador en Equidad el 25 de febrero de 2016 (fls. 85 a 86 del CD 4 visible en folio 111 del cuaderno principal).

Este documento prueba que los señores Olga Lucía Meléndez González y Nelson Sarmiento Moreno (q.e.p.d) acudieron a las instalaciones de la Casa de Justicia con el objeto de solucionar conflicto entre ellos, ante Conciliador en Equidad y en el que se expresó:

"ACUERDO O SOLUCIÓN: Luego de la debida intervención de los mismos llegan a las siguientes conclusiones y acuerdos:

Tanto la señora Olga Lucía Meléndez González como el señor Nelson Sarmiento Moreno han decidido separarse, por lo que declaran:

***Primero:** Por mutuo acuerdo y por circunstancias de carácter particular y confidencial, han decidido que se proceda a la declaración del divorcio de su matrimonio civil celebrado mediante Escritura Pública número 1233 y Registro Civil de Matrimonios con indicativo Serial número 5944845 de junio 22 de 2013 de la Notaría Sexta del Círculo de Ibagué, dando así aplicación a la causal 9ª del artículo 154 del Código Civil.*

***Segundo:** En razón de lo anterior, han determinado que tendrán residencias separadas, teniendo como base que en el futuro no habrá intervención alguna del uno frente a la vida personal del otro.*

***Tercero:** Que las obligaciones alimentarias estarán en cabeza de cada uno y serán*

sufragadas por cuenta propia.

Igualmente, la señora Olga Lucía Meléndez González y el señor Nelson Sarmiento Moreno Declaran disuelta y liquidada la sociedad conyugal derivada de su matrimonio civil según Escritura Pública número 1233 y Registro Civil de Matrimonios con Indicativo Serial número 5944845 de junio 22 de 2013 de la Notaría Sexta del Círculo de Ibagué.

La conciliación se ha desarrollado en forma libre y voluntaria, y las personas que en ella intervienen, manifiestan su compromiso de construir y presentar la armonía en sus relaciones interpersonales, a partir del respeto mutuo.

EFFECTOS DE LA CONCILIACIÓN: *El presente acuerdo conciliatorio al que han llegado las partes trasciende a COSA JUZGADA, y el Acta PRESTA MÉRITO EJECUTIVO, de conformidad con lo previsto en las Leyes 23 de 1991, 446 de 1998, 640 de 2001 y 1395 de 2010.*

Leído el texto de la presente acta, las partes manifiestan su inconformidad con su contenido, y en señal de su aprobación la suscriben con el Conciliador quien la avala."

Pruebas testimoniales (Audiencia de pruebas visible en CD 5, folio 119 del expediente digital).

- María del Rosario Duran Peñaloza. (minuto 7:25 a 14:50).

El Juez Segundo Administrativo Oral del Circuito de Ibagué, le preguntó si tiene vinculo de familiaridad con la señora Olga Lucía Meléndez Gonzales.

Contestó: *"Amistad de ya varios años"*

PREGUNTADO: ¿Desde hace cuánto la conoce?

Contestó: *"Aproximadamente unos 10 años más o menos, 10, 11 años"*

PREGUNTADO: ¿En qué circunstancias la conoció?

Contestó: *"Nos presentaron, ella vendía productos naturistas y una familiar mía me la recomendó y por esa circunstancia, para adquirir lo que ella vendía fue que la conocí a ella"*

PREGUNTADO: ¿Sabe si ella convivía con alguien o estaba casada?

Contestó: *"La verdad en el momento en que yo conocí a Olga Lucía, conocí al esposo que le conocí era don Nelson, don Nelson Sarmiento"*.

PREGUNTADO: ¿Sabe cuándo murió él?

Contestó: *"Si señor, el murió en el 2016, abril del 2016"*.

PREGUNTADO: ¿Sabe donde vivían ellos?

Contestó: *"Si señor, ellos vivían en el conjunto de apartamentos Mirador de Cantabria"*

El apoderado de la parte actora le preguntó: *"Usted dice que conoce a la señora Olga Lucia hace 11 años y después nos relata que el señor Sarmiento Moreno fallece hace 3 años, ¿durante ese tiempo que usted conoció a la señora Olga Lucia Meléndez ya convivía con el señor Nelson"*

Contestó: *"Ellos ya convivían, si señor"*.

PREGUNTADO: ¿Puede usted decirle al despacho, si tiene conocimiento, ¿Esa actividad económica de venta de productos naturistas, era algo informal o ella tenía un local grande o era una venta minoritaria?

Contestó: *"Era algo informal que ella realizaba"*.

PREGUNTADO ¿Podría también informarle al despacho, solo si tuvo conocimiento y le consta, en los últimos días de vida del señor Nelson Sarmiento ¿cuál fue la persona que lo acompañó a él, si fue la señora Olga Lucía o fue una persona distinta a ella?

Contestó: *"No señor, era Olga Lucía, porque la verdad nosotros hicimos una bonita amistad y sobre todo el último año que yo tuve una calamidad mía, ellos dos fueron personas muy importantes para mi situación y ellos dos convivían".*

El apoderado de la parte demandada pregunta: ¿Podría decirnos en qué fecha cumple años la señora Olga?

Contestó: *"El 14 de julio"*

PREGUNTADO: ¿Usted sabe de qué murió el señor Nelson?

Contestó: *"De un ataque al corazón"*

PREGUNTADO: ¿Podría manifestarle usted al despacho si ellos en esa relación tuvieron hijos?

Contestó: *"No señor, no".*

PREGUNTADO: ¿Sabe usted si el señor Nelson tuvo hijos?

Contestó: *"Si señor, de su matrimonio, su primer matrimonio, él tuvo una hija Yeimy y el joven, se me va el nombre, un hijo varón, ¡ay! Steve".*

PREGUNTADO: ¿Sabe usted alguna situación con el señor? ¿algún paradero del señor? ¿Dónde se encuentra?

Contestó: *"No señor, yo únicamente con ellos, cuando ellos venían a visitarlos a ellos los veía, de resto no sé nada de ellos la verdad".*

- Luz Piedad Giraldo Ramírez (minuto 16:45 a 22:30)

El Juez Segundo Administrativo Oral del Circuito de Ibagué, le preguntó si es familiar de la señora Olga Lucía Meléndez Gonzales.

Contestó: *"No, conocida"*

PREGUNTADO: ¿Desde hace cuánto la conoce?

Contestó: *"10 años".*

PREGUNTADO: ¿En razón de que la conoce?

Contestó: *"Llegó a vivir al conjunto donde yo vivo"*

PREGUNTADO: ¿Ella llegó a vivir sola?

Contestó: *"No, llegó con el señor Nelson".*

PREGUNTADO: ¿Con el señor Nelson Sarmiento?

Contestó: *"Sí, con el esposo, con su esposo llegó".*

PREGUNTADO: ¿Usted sabe en qué año murió el señor Nelson?

Contestó: *"¿En marzo?, Pues bien, la fecha no sé, pero si fue en marzo, cómo el 10 de marzo, hace dos años, porque yo, el día que él murió yo estaba con ella"*

PREGUNTADO: ¿Ellos tenían hijos?

Contestó: *"No, no tenían hijos"*

PREGUNTADO: ¿Usted sabe si él tenía un hijo?

Contestó: *"¿Steven? Ah si él iba a visitarlos"*

Se le concedió el uso de la palabra al apoderado de la parte demandante.

PREGUNTADO: ¿Podría usted indicarnos si cuando la señora Olga Lucía llega al conjunto hace 10 años, ella llega sola o llega con el señor Nelson?

Contestó: *"Ella llegó, o sea, cuando yo la vi, la conocí en el conjunto, ella vivía con él porque ella vivía en el primer piso y yo vivía en el quinto piso"*

El apoderado de la parte demandada preguntó,

PREGUNTADO: ¿Cada cuánto iba a visitarlos el señor Steven?

Contestó: *"La última vez que fue a visitarlos fue como 8 días antes del fallecimiento de don Nelson"*

PREGUNTADO: Quisiera saber si, ¿El hijo tenía alguna discapacidad?

Contestó: *"El no tenía ninguna, o sea yo no le vi ninguna discapacidad"*

PREGUNTADO: Quisiera usted manifestarle al despacho por favor si ¿Usted tuvo conocimiento durante el tiempo que ellos convivieron tuvieron algún rompimiento, alguna separación?

Contestó: *"No señor"*.

- Arnovel Sarmiento Moreno (minuto 23:25 a 35:00).

El Juez Segundo Administrativo Oral del Circuito de Ibagué, le preguntó si es familiar de la señora Olga Lucia Meléndez.

Contestó: *"No, cuñado, o sea, soy hermano, pero de Nelson, del esposo de Olga"*.

PREGUNTADO: ¿Desde hace cuánto la conocía a ella?

Contestó: *"Más o menos, un poquito más de 10 años"*

PREGUNTADO: ¿Dónde vivieron?

Contestó: *"Con mi hermano, ellos que yo sepa estuvieron en Guayabal, en Bogotá y acá en Ibagué, aquí en Ibagué es un sitio que llama, abajo abajo, apartamento santauria, santauria s no estoy mal, donde los conocí y los visité"*.

PREGUNTADO: ¿Sabe de qué murió el señor Nelson?

Contestó: *"Hasta ahora sé que es de un paro cardiaco"*.

PREGUNTADO: ¿Hace cuánto?

Contestó: *"Mmm más o menos 3 años y medio, ¿cuatro? Creo que va, no tengo la fecha así precisa, pero entre tres años y medio a cuatro años"*.

PREGUNTADO: ¿Usted conoce al señor Steve Sarmiento Galindo?

Contestó: *"Si señor"*.

PREGUNTADO: ¿Cómo lo conoce?

Contestó: *"Eh pues como él es mi sobrino, porque él si es hijo de Nelson Sarmiento, de mi hermano, pues a él lo conocí desde pequeño"*.

PREGUNTADO: ¿Sufre de alguna discapacidad?

Contestó: *"Sé que tuvo un accidente, pero por el momento no, o sea lo que le hicieron y todo eso no, no tiene discapacidad de nada"*.

PREGUNTADO: ¿El visitaba al señor Nelson?

Contestó: *"Si, lo visitaba"*

Se le concede el uso de la palabra al apoderado de la parte demandante.

PREGUNTADO: Podría usted indicarnos, dada la relación que tiene usted con el señor Sarmiento Moreno Nelson, ¿Mas o menos en que época él inicia una relación con la señora Olga Lucia Meléndez?

Contestó: *"Pues hace 10 años, pero realmente no se fechas ni nada, pero más o menos 10 años de que yo los conocí en pareja, de que el la conoció, vivieron juntos en esos sitios"*.

PREGUNTADO: Desde ese momento usted pudo observar ¿tuvieron alguna ruptura o alguna separación? Es decir, que se fueron a vivir a casas separadas ¿o ellos todo el tiempo estuvieron juntos?

Contestó: *"Mmm, bueno que me acuerde yo vi que todo el tiempo estuvieron juntos"*

La apoderada de la parte demandada preguntó, ¿qué grado tenía él en la Policía?

Contestó: *"Pues yo sé que él estuvo en la policía y todo eso, pero realmente no le puedo decir grado y eso, sé que era policía policía, pero como ahí, no sé si la pregunta del señor es como hay primero, cabo o algo así ¿cierto? Pues sé que fue policía policía, hasta el momento que sepa no"*

PREGUNTADO: Quisiera usted manifestarle al despacho, ¿cada cuánto hablaba usted con su hermano?

Contestó: *"Eh pues bueno, cuando lo visitábamos, dependiendo donde estuviera, pues en veces se demoraba uno de pronto en visitarlo ¿sí? Podría durar uno que le digo yo, 8 meses,*

10 meses, pero en hablar yo creo que muy frecuente, semanal, teníamos esa buena relación con él”.

Ahora bien, en virtud de lo manifestado en la parte considerativa de esta providencia, se establece que hay unos criterios que debe acreditar una cónyuge o compañera permanente para determinar si goza del derecho a sustituir la asignación de retiro de un ex agente de la Policía Nacional, los cuales determinó el *a quo* que no se probaron con claridad, estos son: hacer vida marital con el causante por un lapso no menor a 5 años continuos inmediatamente anteriores a su deceso.

Por consiguiente, el debate es eminentemente probatorio, puesto que lo trascendente para desatar este litigio es demostrar la vida marital de la actora con el causante de la asignación de retiro, dado que la legislación no admite que se le otorgue el beneficio de la sustitución pensional a una persona que no mantenía una relación real de pareja con el pensionado, basada en un apoyo mutuo.

Conforme al material probatorio anteriormente expuesto es pertinente advertir que si bien, los señores Olga Lucía Meléndez González y Nelson Sarmiento Moreno (q.e.p.d) acudieron ante un Conciliador en Equidad manifestando un conflicto y la declaratoria de divorcio del matrimonio civil, esta diligencia de conciliación (acta 04388, fls. 85 a 86 del CD que reposa en folio 111) no cumple los requisitos legales de solemnidad para declarar un divorcio, toda vez que no se elevó a Escritura Pública y no se realizó ante las autoridades competentes para dicha declaratoria, tal y como es el notario o la respectiva autoridad judicial, por lo cual no se configuró cesación de efectos civiles del matrimonio.

Lo anterior, evidencia que en el plenario reposa un simple acuerdo de equidad que de ninguna manera es válido para declarar una separación matrimonial, lo que concluye sin lugar a duda que la aquí accionante y el señor Nelson Sarmiento Moreno estuvieron casados hasta el día de la muerte del exagente de la Policía Nacional, manteniéndose la condición de cónyuge incólume.

Por otra parte, respecto a la prueba de **convivencia** entre la accionante y el ex agente de la Policía, en primera medida salta a la vista que el Acuerdo Conciliatorio en Equidad se realizó en audiencia el 25 de febrero de 2016, es decir, apenas unos pocos días antes del fallecimiento (9 de marzo de 2016) del señor Nelson Sarmiento Moreno, por lo tanto, tampoco demuestra que la voluntad plasmada allí de tener residencias separadas se haya realmente concretado.

Valga recalcar que los testimonios rendidos ante el juez de primera instancia en audiencia de pruebas de fecha 19 de noviembre de 2019 (CD 5 folio 119 del expediente digital), fueron enfáticos en expresar una convivencia continua, toda vez que **i.** María del Rosario Durán Peñalosa (minuto 7:25 a 14:50) expresó que la accionante convivía con el señor Nelson Sarmiento, que ella era la esposa, y que en los últimos días de vida del fallecido fue acompañado por Olga Lucía Meléndez González, **ii.** Luz Piedad Giraldo Ramírez (minuto 16:45 a 22:30) indicó que conocía a la accionante desde hace 10 años, toda vez que llegó a vivir donde ella vivía, precisando que no llegó sola sino con el esposo Nelson Sarmiento, y que nunca tuvo conocimiento de alguna separación, **iii.** por último, el señor Arnovel Sarmiento Moreno rindió testimonio manifestado “soy hermano, pero de Nelson, del esposo de Olga”, resaltando que conocía a la accionante un poco más de 10 años, que ella

convivía con su hermano fallecido, y que en la convivencia vio que todo el tiempo estuvieron juntos.

De los testimonios rendidos bajo la gravedad de juramento en audiencia de pruebas, se evidencia una convivencia ininterrumpida de Olga Lucía Meléndez González y Nelson Sarmiento Moreno (q.e.p.d) por más de 5 años anteriores a la muerte del ex agente de la Policía Nacional, tal y como lo determina el artículo 11 del Decreto 4433 de 2004, además, estos testimonios no fueron tachados de falsos y si bien, no indicaron de manera exacta el día en que empezó la convivencia de los cónyuges, si acreditaron una convivencia aún mayor de la requerida legalmente.

Además, que pese a el documento de audiencia de conciliación en equidad considerado por el *a quo* donde los mismos disponen que se separarían jurídicamente y de cuerpo, los testigos fueron enfáticos en precisar que esto no se materializó, ya que las testigos, siendo vecinas de los cónyuges, manifiestan que se acompañaron hasta el último momento, de la misma forma, Arnovel Sarmiento Moreno, hermano de Nelson Sarmiento Moreno, asegura que los visito días antes de la muerte del causante, encontrando que aun convivían juntos, asimismo manifiestan que la actora en un momento de su vida realizó actividades económicas esporádicas dependiendo así económicamente de su esposo.

Además, las pruebas documentales evidencian que para el año 2009, el señor Nelson Sarmiento Moreno y la señora Olga Lucia Meléndez Gonzales se encontraban adquiriendo bienes indispensables para un hogar, por medio de contratos de compraventa soportados en las facturas comerciales No. 0047 y No. 3124, pese a que el ex agente se encontraba casado, situación que resolvió en el año 2010 al divorciarse y liquidar la Sociedad Conyugal, para posteriormente contraer nupcias con la señora Olga Meléndez en el año 2013.

Es de recalcar que la entidad accionada tuvo la oportunidad de allegar pruebas documentales y testimoniales que demostraran una separación de la actora y el fallecido, no obstante, no aportó ninguna prueba documental, por lo que la Sala no encuentra en el expediente contratos de arrendamientos o direcciones distintas de vivienda para estos, o declaraciones juramentadas de personas que afirmaran una separación o que fueran contrarias a las recaudadas en el proceso; se reitera que no solicitó la práctica de prueba testimonial alguna, por lo que no hay ningún testimonio en el proceso que si quiera haya sugerido una separación de convivencia. Asimismo, los actos administrativos demandados fueron expedidos bajo el supuesto de que la accionante no demostró convivencia con su cónyuge, cuando fue la entidad la que no probó que efectivamente existiera una separación con de ella con su esposo fallecido.

Conforme a lo anterior, se advierte que la Caja de Retiro de la Policía Nacional al expedir las Resoluciones número 7005 del 26 de septiembre de 2016 *“Por la cual se suspende sustitución de asignación mensual de retiro con fundamento en el expediente a nombre del extinto Ag (r) SARMIENTO MORENO NELSON, identificado con cédula de ciudadanía No. 932870702”* y la Resolución 8640 del 17 de noviembre de 2016 *“Por la cual se resuelve recurso de reposición contra la Resolución 7005 de 26-09-2016...”* que negó la sustitución de asignación mensual de retiro a la señora Olga Lucía Meléndez González, se expidió con violación de las normas en que debía fundarse, toda vez que la demandante es beneficiaria de la pensión por muerte del señor Nelson

Sarmiento Moreno, puesto que cumple los requisitos establecidos⁹ en el numeral a) del artículo 11 del Decreto 4433 de 2004, esto es ser la cónyuge y acreditar la vida marital con el causante no menos de 5 años continuos inmediatamente anteriores a su muerte.

Respecto de la prescripción

El artículo 43 del Decreto 4433 de 2004, señala que las mesadas de la asignación de retiro prescriben en tres (3) años contados a partir de la fecha en que se hicieron exigibles.

El referido decreto, en el artículo 45, también establece que a partir de la fecha de su publicación (31 de diciembre de 2004 en el Diario Oficial 45.778), deroga las demás disposiciones que le sean contrarias y, en especial, los artículos 193 del Decreto-ley 1211 de 1990, 167 del Decreto-ley 1212 de 1990, 125 del Decreto 1213 de 1990, Ley 103 de 1912, y los artículos 39 y 40 del Decreto-ley 1793 de 2000.

En el presente caso, el señor Nelson Moreno Sarmiento quien recibía el reconocimiento pensional falleció el **9 de marzo de 2016** (registro civil de defunción visible en folio 7, documento 003_CUERNO PRINCIPAL, expediente digital) y mediante Resolución 7005 de 26 de septiembre de 2016 se ordenó suspender el trámite de sustitución de asignación mensual de retiro que pueda corresponder a la señora Olga Lucía Meléndez González; sin embargo, la actora radicó solicitud de reconocimiento de asignación mensual ante la entidad el **22 de marzo de 2016** y la demanda fue interpuesta el 17 de mayo de 2017 correspondiendo por reparto al Juzgado 2 Administrativo Oral del Circuito de Ibagué, es decir, que la accionante presentó la demanda dentro del término de prescripción trienal que trata el 43 del Decreto 4433 de 2004, por lo cual se tiene que **no operó el fenómeno de la prescripción de las mesadas.**

La actualización.

Las sumas que sean reconocidas como consecuencia de esta sentencia serán actualizadas conforme lo establece el art. 187 del C. de P.A. y de lo C.A., dando aplicación a la siguiente fórmula:

$$R = R.h. \times \frac{\text{Índice Final}}{\text{Índice Inicial}}$$

En la que el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (R.H.), que es lo dejado de percibir por la demandante por concepto de la pensión hasta la fecha de ejecutoria de esta sentencia, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE, vigente en la fecha de ejecutoria de esta providencia, por el índice vigente en la fecha en que se causaron las sumas adeudadas, teniendo en cuenta los aumentos o reajustes producidos o decretados durante dicho período.

⁹ 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*

Corolario

Teniendo en cuenta que, en materia de pensiones del personal de la policía se aplica el régimen especial desarrollado en el Decreto 1213 de 1990, la Ley 923 de 2004 y el Decreto 4433 de 2004, se hace necesario para una cónyuge o compañera permanente que solicite la sustitución acreditar que ha convivido con el causante por un lapso de tiempo superior a cinco años continuos inmediatamente anteriores al hecho que causa el fallecimiento del causante.

Del minucioso análisis del material probatorio aportado al expediente, concluye la Sala de decisión que la accionante Olga Lucía Meléndez González probó el cumplimiento de los requisitos legalmente establecidos en el artículo 141 del Decreto 4433 de 2004 para acceder al reconocimiento de la asignación mensual de retiro del que gozaba su esposo Nelson Sarmiento Moreno (q.e.p.d), puesto que **i.** es la cónyuge superviviente y **ii.** acreditó vida marital con el causante por un periodo superior de 5 años continuos inmediatamente anteriores a su muerte.

Costas.

Resuelto el recurso de apelación y accediendo a las pretensiones del mismo, es menester hacer el correspondiente análisis de la condena en costas de la segunda instancia.

Ahora bien, el Código General del Proceso sobre costas, tiene dicho que están integradas por la totalidad de las expensas y gastos sufragados durante el curso del proceso y por las agencias en derecho (**artículo 361**), por lo que en la decisión que resuelva una controversia total o parcial, se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación o queja o súplica, etc., que haya propuesto (**artículo 365, numerales 1 y 2**); de tal manera que se explicita en la providencia del superior que confirme en todas sus partes la de primera instancia, condenando al recurrente en las costas de la segunda (numeral 3), o cuando la sentencia de segunda instancia revoque totalmente la del inferior, la parte vencida será condenada a pagar las costas de ambas instancias (numeral 4).

Por lo demás, de acuerdo con el **artículo 366 del C. G. del P.**, “... 3. La liquidación incluirá el valor de los honorarios de auxiliares de la justicia, los demás gastos judiciales hechos por la parte beneficiada con la condena, siempre que aparezcan comprobados, hayan sido útiles y correspondan a actuaciones autorizadas por la ley, **y las agencias en derecho que fije el magistrado sustanciador** o el juez, aunque se litigue sin apoderado”.

Por su parte, el Acuerdo No. PSAA16-10554 agosto 5 de 2016, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, señala lo siguiente:

“1. PROCESOS DECLARATIVOS EN GENERAL.

En única instancia.

- a. Cuando en la demanda se formulen pretensiones de contenido pecuniario, entre el 5% y el 15% de lo pedido.
- b. En aquellos asuntos que carezcan de cuantía o de pretensiones pecuniarias, entre 1 y 8 S.M.M.L.V

En primera instancia.

- a. Por la cuantía. Cuando en la demanda se formulen pretensiones de contenido pecuniario:
 - (i) De menor cuantía, entre el 4% y el 10% de lo pedido.
 - (ii) De mayor cuantía, entre el 3% y el 7.5% de lo pedido.

c. *Por la naturaleza del asunto. En aquellos asuntos que carezcan de cuantía o de pretensiones pecuniarias, entre 1 y 10 S.M.M.L.V.
En segunda instancia. Entre 1 y 6 S.M.M.L.V."*

Teniendo en cuenta el artículo 365 numeral 8 del Código General del Proceso el cual establece "solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación" y que se revocó totalmente la sentencia de primera instancia, la Sala debe imponer la correspondiente condena en costas y fijar las agencias en derecho, por lo que se fija la suma equivalente a 2 salarios mínimos mensuales vigentes, por concepto de agencia de derecho a cargo de la parte accionada y a favor de la demandante, y se ordena que por la Secretaría del Juzgado de origen se realice la correspondiente liquidación en los términos del artículo 366 del Código General del Proceso.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo del Tolima, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia del 13 de mayo de 2020, proferida por el Juzgado Segundo Administrativo Oral del Circuito de Ibagué, dentro del proceso promovido por Olga Lucia Meléndez González contra la Nación - Ministerio de Defensa - Policía Nacional - Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional - CASUR- en la que se accedió a las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO: DECLARAR LA NULIDAD de las Resoluciones número 7005 del 26 de septiembre de 2016 "Por la cual se suspende sustitución de asignación mensual de retiro con fundamento en el expediente a nombre del extinto Ag (r) SARMIENTO MORENO NELSON, identificado con cédula de ciudadanía No. 932870702" y la Resolución 8640 del 17 de noviembre de 2016 "Por la cual se resuelve recurso de reposición contra la Resolución 7005 de 26-09-2016..." que negó la sustitución de asignación mensual de retiro a la señora Olga Lucía Meléndez González, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: Como consecuencia, a título de restablecimiento del derecho se ordena a la entidad demandada a reconocer, liquidar y pagar a favor de la señora Olga Lucia Meléndez González como cónyuge superviviente, la asignación mensual de retiro que disfrutaba su esposo Nelson Sarmiento Moreno, desde el 10 de marzo de 2016, esto es un día después de la fecha del deceso del ex agente de la Policía Nacional. Las sumas serán actualizadas conforme lo dispuesto en la parte considerativa de esta providencia.

CUARTO: Declarar que no se configuró el fenómeno de la prescripción.

QUINTO: CONDENAR en costas de ambas instancias a la parte demandada, en el equivalente a 2 salarios mínimos mensuales legales vigentes, por las razones expuestas en la presente providencia.

SEXTO: Dar cumplimiento a la presente sentencia conforme lo dispuesto en el artículo 192 del C. de P. A. y de lo C. A.

SÉPTIMO: En firme la presente decisión devuélvase el expediente al Juzgado de origen, para lo de su competencia.

La anterior decisión se discutió y aprobó en Sala de la fecha del proveído

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE¹⁰,


ÁNGEL IGNACIO ÁLVAREZ SILVA
Magistrado


JOSÉ ALETH RUIZ CASTRO
Magistrado


JOSÉ ANDRÉS ROJAS VILLA
Magistrado

¹⁰ **NOTA ACLARATORIA:** La Providencia se tramitó y suscribió por los canales electrónicos oficiales de los Despachos de los Magistrados que integran la Sala de Decisión del Tribunal Administrativo del Tolima y de la misma manera fue firmada y notificada.

Firmado Por:

**Jose Andres Rojas Villa
Magistrado
Escrito 002 Sección Primera
Tribunal Administrativo De Ibague - Tolima**

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **a456b186aaa1dcbc7546238d1c4d5def8349e0d0230cbc469d7e81975551257b**

Documento generado en 25/01/2022 08:50:52 AM

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