

MEDIDA CAUTELAR / NATURALEZA DE LA MEDIDA CAUTELAR / SUSPENSIÓN PROVISIONAL / La sustitución pensional, la pensión de sobrevivientes y el requisito de convivencia

[L]as medidas cautelares pueden ser de naturaleza preventiva, conservativa, anticipativa o de suspensión y deben relacionarse directa y necesariamente con las pretensiones de la demanda. [...] [S]e incluyó la suspensión provisional de los actos administrativos, la cual se encamina a conjurar temporalmente sus efectos y, en lo que concierne al medio de control de simple nulidad, puede decretarse por violación de las disposiciones invocadas en la demanda o en el escrito que contenga la solicitud de la medida, cuando tal violación surja: a) del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas o b) del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud. [...] [T]ambién se predicen de la suspensión provisional dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho; sin embargo, en la medida en que la pretensión se oriente «al restablecimiento del derecho y la indemnización de perjuicios deberá probarse al menos sumariamente la existencia de los mismos» [...] [S]i bien la sustitución pensional y la pensión de sobrevivientes favorecen al núcleo familiar del causante, la primera institución comporta la transferencia de un derecho existente, en tanto la persona fallecida cumplió con los requisitos para obtener la pensión, mientras que la segunda figura se presenta cuando el causante fallece sin haber reunido las exigencias para acceder al derecho pensional y, por ende, sin tenerlo reconocido. [...] [E]l artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, establece quiénes son los beneficiarios de la sustitución pensional o de la pensión de sobrevivientes. Al respecto, el literal a) de la referida norma dispone que el cónyuge o compañero permanente del causante será beneficiario de forma vitalicia, siempre que tenga 30 o más años de edad y acredite «[...] que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y haya convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte». [...] [E]l requisito de convivencia, atado al factor temporal antes aludido, se constituye en una exigencia de la cual pende el derecho al reconocimiento de una sustitución pensional o de una pensión de sobrevivientes, en calidad de beneficiario. [...] [S]e tiene que el requisito de convivencia que se exige para el reconocimiento de una pensión de sobrevivientes o de una sustitución pensional, más allá de estar circunscrito al hecho de compartir techo, lecho y mesa, se dirige a acreditar la existencia de un proyecto de vida construido y desarrollado comúnmente entre el eventual beneficiario y el causante, soportado en las bases de la solidaridad, la ayuda y el socorro mutuo. La cohabitación, si bien constituye un factor importante, no es una exigencia insoslayable de la cual dependa la existencia de la convivencia, en tanto la vida por separado puede encontrar justificación en circunstancias médicas, laborales, sociales, emocionales, etc., según las dinámicas del diario vivir, las necesidades, el querer de las personas, etc. [...] [D]el hecho de no compartir vivienda no se desprende inexorablemente la inexistencia de la convivencia. En ese contexto, corresponde al juez de la causa realizar un análisis probatorio profundo y lograr un mínimo de certeza respecto de la existencia o no de la comunidad de vida entre el eventual beneficiario y la causante, en aras de descartar o confirmar, según el caso, que entre ambos tuvo lugar apenas un vínculo circunstancial sin vocación de permanencia. Lo expuesto hasta este punto pone en evidencia una serie de hechos que, desde un primer acercamiento al debate, esto es, previo a la etapa probatoria que se debe surtir en el proceso, no arrojan un mínimo de certeza y claridad acerca de la existencia o inexistencia de convivencia entre el demandado y la causante, y generan un espectro de duda sobre una parte de la información de la que se tiene conocimiento. El *a quo* decretó la suspensión provisional de los efectos del acto acusado, argumentando que «[...] existe duda acerca, de si

efectivamente existió convivencia dentro de los últimos cinco años anteriores al fallecimiento ...», es decir, la medida cautelar fue decretada partiendo de una incertidumbre. A juicio de la Sala, comoquiera que no existen pruebas concluyentes que permitan deducir que la «pensión de sobrevivientes» fue reconocida sin el lleno de los requisitos legales, no era posible decretar la suspensión provisional de los efectos del acto acusado.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN SEGUNDA

SUBSECCIÓN “A”

Consejero ponente: RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS

Bogotá, D.C., nueve (9) de diciembre de dos mil diecinueve (2019)

Radicación número: 27001-23-33-000-2018-00052-01(5560-18)

Actor: UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL - UGPP

Demandado: JOSÉ ÁNGEL VALDERRAMA COPETE

Referencia: SUSPENSIÓN PROVISIONAL

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por el señor José Ángel Valderrama Copete contra el auto del 24 de julio de 2018, proferido por el Tribunal Administrativo del Chocó, por medio del cual se decretó la suspensión provisional de los efectos de la Resolución número RDP 030005 del 30 de septiembre de 2014, expedida por la UGPP, que reconoció y ordenó el pago de una «pensión de sobrevivientes» a favor del demandado.

1. Antecedentes

1.1. Solicitud de suspensión provisional

La Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP), en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho establecido en el artículo 138 de la Ley 1437 de 2011 (CPACA)¹, solicitó como medida cautelar la suspensión provisional

¹ Folios 13 a 18, cuaderno de medida cautelar.

de los efectos de la Resolución número RDP 030005 del 30 de septiembre de 2014², expedida por la entidad demandante, en virtud de la cual se reconoció una «pensión de sobrevivientes» a favor del señor José Ángel Valderrama Copete.

En la mencionada solicitud, la parte actora sostuvo que al demandado le fue reconocida una «pensión de sobrevivientes» sin el cumplimiento de los requisitos legales, particularmente contraviniendo lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, el cual establece que «[...] el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite, deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y haya convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte».

En igual sentido, la entidad demandante adujo que el acto acusado adolece de falsa motivación y fue expedido con desconocimiento del principio de legalidad, circunstancia que estaría generando un detrimento patrimonial para el Estado.

Para sustentar la solicitud de la medida cautelar, la parte actora relató lo siguiente:

- i. Por medio de la Resolución número 21069 del 25 de julio de 2005³, la Caja Nacional de Previsión Social (Cajanal) reconoció una pensión gracia a favor de la señora Nilda Rafaela Mosquera Caicedo, quien falleció el 29 de abril de 2014.
- ii. Mediante Resolución número RDP 30005 del 30 de septiembre de 2014, la UGPP reconoció una «pensión de sobrevivientes» a José Ángel Valderrama Copete y Diany Yiseth Valderrama Mosquera, en calidad de compañero permanente e hija de la señora Nilda Rafaela Mosquera Caicedo, respectivamente, en porcentajes equivalentes al 50 % del monto pensional.
- iii. Hasta el 15 de febrero de 2015, la UGPP pagó el correspondiente porcentaje pensional a Diany Yiseth Valderrama Mosquera, quien cumplió 25 años de edad en tal fecha.
- iv. El 25 de agosto de 2017, Diany Yiseth Valderrama Mosquera allegó un escrito a la UGPP, en el cual manifestó que su padre, el señor José Ángel

² Folios 135 a 137, cuaderno principal.

³ Folios 67 a 68, cuaderno principal.

Valderrama Copete, no convivió con la señora Nilda Rafaela Mosquera Caicedo⁴.

- v. Con base en la información recibida, la UGPP contrató a la empresa CYZA, quien recopiló información de vecinos, familiares de la causante y el ahora demandado, y presentó el informe número 14099 del 22 de septiembre de 2017⁵, en el cual se expuso como conclusión que «[...] NO EXISTIÓ CONVIVENCIA como COMPAÑEROS PERMANENTES entre NILDA RAFAELA MOSQUERA CAICEDO (causante) y JOSE ANGEL VALDERRAMA COPETE (solicitante), durante los cinco (5) años anteriores al fallecimiento de la causante de manera constante e ininterrumpida»⁶.

Con fundamento en lo anterior, la parte actora argumentó que el demandado y la causante no convivieron juntos, ni entre ellos existió una comunidad de vida caracterizada por el apoyo, la solidaridad y la ayuda mutua, que perdurara hasta el deceso de la señora Nilda Rafaela Mosquera Caicedo.

1.2. Actuación procesal

1.2.1. Auto apelado

El Tribunal Administrativo del Chocó, mediante auto del 24 de julio de 2018⁷ decretó la suspensión provisional de los efectos de la Resolución número RDP 030005 del 30 de septiembre de 2014, que reconoció una «pensión de sobrevivientes» a favor del señor José Ángel Valderrama Copete, argumentando que no hay claridad sobre el cumplimiento del requisito que establece el artículo 13 de la Ley 797 de 2003; de forma concreta, expuso que existen dudas acerca de si el demandado convivió o no con la causante durante no menos de 5 años continuos con anterioridad al deceso de esta última.

1.2.2. Recurso de apelación

⁴ Folios 195 a 196, cuaderno principal.

⁵ Folios 103 a 105, cuaderno principal.

⁶ Folio 105, cuaderno principal.

⁷ Folios 154 a 160, cuaderno de medida cautelar.

Inconforme con la anterior decisión, el demandado interpuso recurso de apelación⁸, solicitando que se revoque la providencia recurrida, con fundamento en los siguientes hechos y argumentos:

- i. Que son falsos los hechos narrados por Diany Yisseth Valderrama Mosquera y que la prestación que se le reconoció no fue producto de actos o medios fraudulentos, pues convivió «como marido y mujer» con la señora Nilda Rafaela Mosquera Caicedo desde junio de 1987 hasta el 14 de abril de 2014, fecha de su deceso.
- ii. Que Diany Yiseth Valderrama Mosquera afirmó tener dudas sobre la existencia o no de la convivencia del demandado con la causante y que las pruebas que aportó no demuestran la inexistencia de una relación entre estos. En suma, que las declaraciones extraprocesales aportadas por la hija de la causante suelen hacerse para efectos de promediar matrículas estudiantiles y afiliar a los hijos al servicio de salud.
- iii. Que al expediente administrativo no se allegaron, en físico, las entrevistas que soportaron el informe de investigación rendido por la empresa CYZA, como se habría hecho en otros casos diferentes. Adicionalmente, afirmó que algunas de las declarantes no pueden tener conocimiento acerca de la relación que sostenía con la causante y se pregunta por qué los entrevistados desconocen cómo era su entorno familiar y social.
- iv. Que una hermana de la causante, al igual que otras personas⁹, afirmaron que entre el demandado y la señora Nilda Rafaela Mosquera Caicedo sí existía una convivencia.
- v. Que la forma de convivencia que llevaba con la causante es usual en el departamento del Chocó, lo cual «[...] no hace perder la esencia de la relación de pareja. Ambos siempre tuvieron su casa y su relación sentimental de pareja la desarrollaron entre las dos viviendas, sin interrupción alguna, ayudándose, socorriéndose mutuamente, lo que significa que la convivencia en este caso no se puede interpretar de forma rígida, estricta ni rigurosa [...]»¹⁰.

⁸ Folios 166 a 181, cuaderno de medida cautelar.

⁹ Ana Ofelia Castillo Peraa, María Dominga Córdoba de Cuesta, Juan Andrés Moreno Moreno y Orlando Copete Rivas (Folio 169, cuaderno de medida cautelar).

¹⁰ Folio 170, cuaderno de medida cautelar.

- vi. Que «[...] el hecho de cada uno tener su casa, esto no es óbice para afirmar que no tenían ninguna relación de compañeros permanentes. Ellos se visitaban convivían, pernotaban (sic) en cualquier (sic) de las dos viviendas compartían a diario, estaba el uno pendiente del otro, se socorrían, ayudaban y orientaban mutuamente en los problemas familiares y económicos [...]»¹¹.
- vii. Que una de las razones por las cuales tomó la decisión, junto con la causante, de vivir en casas diferentes fue porque estas «estaban bien ubicadas y organizadas, relativamente estaban cercas (sic) y lo consideraron normal dentro de la convivencia como pareja»¹².
- viii. Que él y su hija, en conjunto, adelantaron los trámites para obtener la «pensión de sobrevivientes» y solicitaron aclaración de algunos recursos pagados por la UGPP¹³.
- ix. Finalmente, se preguntó por qué su hija Diany Yisseth Valderrama Mosquera denunció el presunto incumplimiento del requisito de convivencia después de 3 años de haber cesado el derecho de esta última a percibir un porcentaje de la «pensión de sobrevivientes», en razón a que cumplió 25 años de edad.

2. Consideraciones

2.1. Problema jurídico

Se contrae a establecer si procede revocar la medida cautelar de suspensión provisional de los efectos de la Resolución número RDP 030005 del 30 de septiembre de 2014, expedida por la UGPP, que reconoció y ordenó el pago de una «pensión de sobrevivientes» a favor del demandado, o si dicha decisión debe ser confirmada por haberse ajustado a derecho.

Para efectos metodológicos, el estudio del asunto se desarrollará en el siguiente orden: (i) la medida cautelar de suspensión provisional dentro del medio de control

¹¹ *Ibíd.*

¹² *Ibíd.*

¹³ Sobre el particular, aportó copia del derecho de petición radicado ante la UGPP el 15 de septiembre de 2015, suscrito por el demandado y Diany Yisseth Valderrama Mosquera, quienes se identificaron como compañero permanente e hija de la causante, respectivamente. (Ver folio 181, cuaderno de medida cautelar).

de nulidad y restablecimiento del derecho, (ii) la sustitución pensional, la pensión de sobrevivientes y el requisito de convivencia, y (iii) solución del caso concreto.

2.2. De la medida cautelar de suspensión provisional dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho

Los artículos 229 a 241 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA) regularon las medidas cautelares que se pueden decretar en los procesos declarativos que se adelanten ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, las cuales tienen como finalidad «proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia»¹⁴. Igualmente, las mencionadas disposiciones normativas establecieron que la solicitud de la medida debe estar debidamente sustentada.

A su vez, el artículo 230 *ibídem* precisó que las medidas cautelares pueden ser de naturaleza preventiva, conservativa, anticipativa o de suspensión y deben relacionarse directa y necesariamente con las pretensiones de la demanda.

A su turno, dentro del catálogo de medidas se incluyó la suspensión provisional de los actos administrativos, la cual se encamina a conjurar temporalmente sus efectos y, en lo que concierne al medio de control de simple nulidad, puede decretarse por violación de las disposiciones invocadas en la demanda o en el escrito que contenga la solicitud de la medida, cuando tal violación surja: a) del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas o b) del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud.

Por su parte, esta Corporación ha aclarado que al tenor de lo dispuesto en el Decreto 01 de 1984 (Código Contencioso Administrativo) la medida precautoria sólo procedía cuando existiera una «manifiesta infracción»¹⁵ de las normas superiores por parte de la disposición enjuiciada, mientras que bajo el marco regulatorio del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso

¹⁴ Artículo 229 del CPACA.

¹⁵ «Artículo 152. El Consejo de Estado y los tribunales administrativos podrán suspender los actos administrativos mediante los siguientes requisitos:

1. Que la medida se solicite y sustente de modo expreso en la demanda o por escrito separado, presentado antes de que sea admitida.

2. Si la acción es de nulidad, basta que haya manifiesta infracción de una de las disposiciones invocadas como fundamento de la misma, por confrontación directa o mediante documentos públicos aducidos con la solicitud.

3. Si la acción es distinta de la de nulidad, además se deberá demostrar, aunque sea sumariamente, el perjuicio que la ejecución del acto demandado causa o podría causar al actor».

Administrativo,¹⁶ no se exige que esta sea evidente, ostensible, notoria, palmaria, a simple vista o «prima facie»¹⁷. En tal sentido, se ha concluido¹⁸:

Así mismo esta Corporación ha señalado¹⁹ que el CPACA «amplió el campo de análisis que debe adelantar el juez competente y el estudio de los argumentos y fundamentos que se deriven de la aplicación normativa o cargos formulados contra el acto administrativo demandado que podrán servir de apoyo a la decisión de suspensión provisional, dando efectivamente prelación al fondo sobre la forma o sobre aspectos eminentemente subjetivos», lo cual, implica el estudio de la vulneración respecto de las normas superiores invocadas junto la interpretación y aplicación desarrollada jurisprudencialmente en sentencias proferidas por el órgano de cierre de la jurisdicción.

En este orden de ideas, el juez de lo contencioso administrativo, previo análisis del contenido del acto acusado, de las normas invocadas como vulneradas y de los elementos probatorios allegados con la solicitud de medida cautelar, está facultado para determinar si la decisión enjuiciada vulnera el ordenamiento jurídico y, en caso afirmativo, suspender el acto para que no produzca efectos.

Igualmente, debe tenerse en cuenta que lo anteriormente descrito corresponde a un estudio o análisis preliminar que versa sobre los planteamientos y pruebas que fundamenten la solicitud de la medida, es decir, se trata de una percepción inicial y sumaria que, por regla general, se adopta en una etapa inicial del proceso. Entonces, la decisión sobre la medida comporta un primer acercamiento al debate, en el que se realizan interpretaciones normativas y valoraciones, pero sin que ello afecte o comprometa el contenido de la sentencia que debe poner fin a la cuestión litigiosa. En efecto, el artículo 229 del CPACA dispone que la decisión sobre la medida cautelar «no implica prejuzgamiento».

Los argumentos hasta aquí expuestos también se predicán de la suspensión provisional dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho; sin embargo, en la medida en que la pretensión se oriente «al restablecimiento del

¹⁶ Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

¹⁷ Ver entre otras las providencias del: **(1)** 24 de enero de 2014, expedido por el Consejero Mauricio Fajardo en el Expediente No. 11001-03-26-000-2013-00090-00 (47694); **(2)** 29 de enero de 2014 proferido por el Consejero Jorge Octavio Ramírez, emitido en el Expediente No. 11001-03-27-000-2013-00014- (20066); **(3)** de 30 de abril de 2014, proferido por el Consejero Carlos Alberto Zambrano, en el Expediente 11001-03-26-000-2013-00090-00 (47694); **(4)** de 21 de mayo de 2014, emitido por la Consejera Carmen Teresa Ortiz en el Expediente No. 11001-03-24-000-2013-0534-00 (20946); **(5)** de 28 de agosto de 2014, proferido dentro del Expediente 11001-03-27-000-2014-0003-00 (20731), con ponencia del Consejero Jorge Octavio Ramírez; y **(6)** 17 de marzo de 2015, emitido en el expediente 11001-03-15-000-2014-03799-00, consejera de estado Sandra Lisset Ibarra. Todas ellas citadas en el auto del 18 de agosto de 2017, Radicación número: 11001-03-25-000-2016-01031-00(4659-16), magistrada ponente Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez.

¹⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, auto del 25 de enero de 2018, expediente número 11001-03-25-000-2017-00433-00 (2079-2017); M.P. Dr. William Hernández Gómez.

¹⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, providencia del 17 de marzo de 2015, expediente número 51754, M.P. Dr. Hernán Andrade Rincón.

derecho y la indemnización de perjuicios deberá probarse al menos sumariamente la existencia de los mismos»²⁰.

Sobre este aspecto conviene indicar que al fallador de la medida precautoria se le dio un amplio margen para valorar los elementos de juicio allegados por las partes para definir la procedencia de la suspensión provisional, pero siempre bajo un marco mínimo probatorio, es decir, que al menos debe existir prueba sumaria de los perjuicios alegados por el demandante. En tal sentido, el Consejo de Estado ha expuesto²¹:

Sobre el perjuicio y su demostración sumaria, esta Corporación ha reiterado²² que “la prueba sumaria es un mecanismo demostrativo no sometido a controversia”²³ sin que puedan aceptarse hechos evidentes porque ello “no puede suplir la exigencia legal, la que no quiere dejar el extremo a la calificación subjetiva del juzgador y/o a la simple afirmación de la demanda”²⁴.

2.3. La sustitución pensional, la pensión de sobrevivientes y el requisito de convivencia

En armonía con la jurisprudencia de la Corte Constitucional, el Consejo de Estado ha indicado que existen diferencias entre la pensión de sobrevivientes y la sustitución pensional, no obstante la legislación vigente no consagra distinción entre una y otra figura²⁵.

Sobre el particular, se ha señalado lo siguiente²⁶:

En este orden de ideas, esta Sala de Subsección²⁷, ha aclarado que si bien la

²⁰ Artículo 231 del CPACA.

²¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, providencia del 26 de julio de 2017, expediente número 11001-03-27-000-2015-00004-00 (21605), M.P. Dra. Stella Jeannette Carvajal Basto (E).

²² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, providencia del 3 de octubre de 2007, expediente número 16738, M.P. Dra. María Inés Ortiz Barbosa.

²³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, auto del 2 de agosto de 1990, expediente número 00869, M.P. Dr. Libardo Rodríguez Rodríguez; y auto del 11 de abril de 1996, expediente número 3693, M.P. Dr. Juan Alberto Polo Figueroa, citado y prolijado por la Sección Cuarta de esta Corporación en auto del 26 de julio de 2017, expediente número 11001-03-27-000-2015-00004-00 (21605), M.P. Dra. Stella Jeannette Carvajal Basto (E).

²⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, auto del 4 de marzo de 1994, expediente número 8470, M.P. Dr. Carlos Betancur Jaramillo.

²⁵ Corte Constitucional, sentencia T-564 del 3 de septiembre de 2015, M.P. Dr. Alberto Rojas Ríos.

²⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, providencia del 28 de marzo de 2019; expediente número 25000-23-42-000-2013-04786-01 (0571-17), M.P. Dr. Gabriel Valbuena Hernández.

²⁷ Consejo de Estado – Sección Segunda – Subsección A. Sentencia de 9 de noviembre de 2017. Consejero Ponente: William Hernández Gómez.

pensión de sobrevivientes y la sustitución pensional tienen por finalidad evitar que los beneficiarios de un trabajador fallecido carezcan del apoyo económico que éste les brindaba; la **sustitución pensional** es aquella prestación que se le otorga al núcleo familiar de un pensionado que fallece o del afiliado que cumple con los requisitos legalmente exigibles para pensionarse y fallece, en tanto que la **pensión de sobrevivientes** es aquella prestación que se le otorga al núcleo familiar del afiliado no pensionado, que fallece sin cumplir con los requisitos mínimos para obtener la pensión.²⁸ (Negritas propias del original).

Así las cosas, si bien la sustitución pensional y la pensión de sobrevivientes favorecen al núcleo familiar del causante, la primera institución comporta la transferencia de un derecho existente, en tanto la persona fallecida cumplió con los requisitos para obtener la pensión, mientras que la segunda figura se presenta cuando el causante fallece sin haber reunido las exigencias para acceder al derecho pensional y, por ende, sin tenerlo reconocido.

Sin embargo, tanto el Consejo de Estado²⁹ como Corte Constitucional han concluido que la sustitución pensional y la pensión de sobrevivientes guardan un objeto similar, esto es, la protección del grupo familiar de quien fallece, «[...] de tal suerte que las personas que dependían económicamente del causante puedan seguir atendiendo sus necesidades de subsistencia³⁰, sin que vean alterada la situación social y económica con que contaban en vida del pensionado o afiliado que ha fallecido³¹»³².

En ese contexto, se debe señalar que el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, establece quiénes son los beneficiarios de la sustitución pensional o de la pensión de sobrevivientes. Al respecto, el literal a) de la referida norma dispone que el cónyuge o compañero permanente del causante será beneficiario de forma vitalicia, siempre que tenga 30 o más años de edad y acredite «[...] que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y haya convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte».

Así las cosas, el requisito de convivencia, atado al factor temporal antes aludido, se constituye en una exigencia de la cual pende el derecho al reconocimiento de

²⁸ Sentencia T-564 de 2015.

²⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, providencia del 21 de junio de 2018, expediente número 23001-23-33-000-2015-00065-01 (0133-17), M.P. Dr. William Hernández Gómez.

³⁰ Al respecto esta Corporación había señalado que el propósito perseguido por la Ley al establecer la pensión de sobrevivientes, es la de ofrecer un marco de protección a los familiares del afiliado o del pensionado que fallece, frente a las contingencias económicas derivadas de su muerte. Sentencia C-1176-01, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

³¹ Corte Constitucional. Sentencia C-002-99, M.P. Antonio Barrera Carbonell.

³² Corte Constitucional, sentencia del C-1094 del 19 de noviembre de 2003, M.P. Dr. Jaime Córdoba Triviño.

una sustitución pensional o de una pensión de sobrevivientes, en calidad de beneficiario.

En relación con el requisito de convivencia, la Sección Segunda del Consejo de Estado ha definido su alcance en los siguientes términos:

i. Subsección A³³:

La convivencia no se refiere, en forma exclusiva, a compartir el mismo techo y habitar junto al otro, sino que **los elementos que en mayor medida definen esa convivencia se relacionan con el acompañamiento espiritual, moral y económico y el deber de apoyo y auxilio mutuo**. Además de ello, es preciso tener en cuenta el factor volitivo de la pareja de mantener un hogar y tener la vocación y convicción de establecer, constituir y mantener una familia. (Negritas por fuera del original)

ii. Subsección B³⁴:

Empero la jurisprudencia ha indicado (tal como se observa en el marco conceptual) que **el criterio de convivencia exigido con el fin de determinar una sustitución pensional va más allá de compartir mesa, lecho y techo, para circunscribirse a eventos particulares en las cuales los vínculos de solidaridad, apoyo mutuo, material y espiritual conforman la convivencia en un sentido más amplio, pese a que los cónyuges no habiten en la misma residencia**. (Negritas por fuera del original)

En igual sentido, la Corte Suprema de Justicia ha entendido el requisito de convivencia de la siguiente manera:

Lo esencial, entonces, es la convivencia marital, donde, respetando la individualidad de cada miembro, se conforma una auténtica comunión física y mental, con sentimientos de fraternidad, solidaridad y estímulo para afrontar las diversas situaciones del diario existir. Es el mismo proyecto de vida similar al de los casados, con objetivos comunes, dirigido a la realización personal y en conjunto, y a la conformación de un hogar doméstico, abierto, si se quiere, a la fecundidad.

5.3.3. El requisito de permanencia denota la estabilidad, continuidad o perseverancia en la comunidad de vida, al margen de elementos accidentales involucrados en su devenir, como acaece con el trato sexual, la cohabitación o su notoriedad, los cuales pueden existir o dejar de existir, según las circunstancias surgidas de la misma relación fáctica o establecidas por los interesados.

Así, por ejemplo, la procreación o el trato carnal es factible que sea el resultado de disposición o de concesión de los miembros de la pareja, o impuestas por distintas razones, por ejemplo, impotencia o avanzada edad, etc., sin que por ello la comunidad de vida desaparezca, porque de ese modo dos personas de la tercera edad no podrían optar por la unión marital; **tampoco, necesariamente, implica**

³³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, providencia del 26 de julio de 2018, expediente número 47001-23-33-000-2016-00099-01 (0042-17), M.P. Dr. William Hernández Gómez.

³⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, providencia del 28 de junio de 2018, expediente número 41001-23-33-000-2012-00131-01 (0882-14), M.P. Dr. César Palomino Cortés.

residir constantemente bajo el mismo techo, dado que ello puede estar justificado por motivos de salud; o por causas económicas o laborales, entre otras, cual ocurre también en la vida matrimonial (artículo 178 del Código Civil); y la socialización o no de la relación simplemente facilita o dificulta la prueba de su existencia.

La presencia de esas circunstancias no puede significar el aniquilamiento de los elementos internos de carácter psíquico en la pareja que fundan el entrecruzamiento de voluntades, inteligencia y afectos para hacerla permanente y duradera, pero que muchas veces externamente no aparecen ostensibles por circunstancias propias de los compañeros permanentes, por ejemplo, la cercanía en el parentesco, la diferencia de edades, las discriminaciones de género, la fuerza mayor, el caso fortuito o la satisfacción de las necesidades para la propia comunidad familiar, como cuando uno o ambos deben perentoriamente aceptar un empleo o un trabajo lejos del domicilio común, eso sí, conservando la singularidad³⁵. (Negritas por fuera del original)

Con base en lo anterior, se tiene que el requisito de convivencia que se exige para el reconocimiento de una pensión de sobrevivientes o de una sustitución pensional, más allá de estar circunscrito al hecho de compartir techo, lecho y mesa, se dirige a acreditar la existencia de un proyecto de vida construido y desarrollado comúnmente entre el eventual beneficiario y el causante, soportado en las bases de la solidaridad, la ayuda y el socorro mutuo.

La cohabitación, si bien constituye un factor importante, no es una exigencia insoslayable de la cual dependa la existencia de la convivencia, en tanto la vida por separado puede encontrar justificación en circunstancias médicas, laborales, sociales, emocionales, etc., según las dinámicas del diario vivir, las necesidades, el querer de las personas, etc.

2.4. Caso concreto - análisis de la Sala

Descendiendo al caso concreto, la Sala encuentra mérito suficiente para revocar la decisión recurrida, con base en los siguientes razonamientos:

- i. El demandado puso de presente ciertas diferencias de trato que tuvo y/o mantiene con su hija Diany Yisseth Valderrama Mosquera, denunciante de la posible irregularidad en torno al cumplimiento del requisito de convivencia, situación de la que dan noticia: a) la denuncia formulada el 7 de enero de 2016 ante la Unidad con Enfoque Diferencial de la Fiscalía General de la Nación, ubicada en Quibdó, Chocó³⁶; b) la solicitud de medida

³⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia SC15173-2016 del 24 de octubre de 2016, expediente número 05001-31-10-008-2011-00069-01, M.P. Dr. Luis Armando Tolosa Villabona.

³⁶ Interpuesta por el señor José Ángel Valderrama Copete, por el delito de violencia intrafamiliar. Al respecto, si bien la noticia criminal no demuestra la ocurrencia del hecho denunciado, hace parte del material probatorio

de protección número 270016008770201600001 del 4 de enero de 2016, radicada ante la Fiscalía 3 Local de Quibdó, Chocó³⁷; c) la medida de protección impartida el 20 de enero de 2016 por la Comisaría de Familia de Quibdó, Chocó³⁸, y d) la declaración de Óscar Andrés Valderrama Díaz, hijo del demandado³⁹.

La anterior información, por sí sola, pudiera no tener mayor poder de disuasión. Sin embargo, la Sala advierte que Diany Yisseth Valderrama Mosquera y el demandado otorgaron poder a un abogado para solicitar el reconocimiento de la «pensión de sobrevivientes» en la proporción que a cada uno le corresponde, identificándose como hija y compañero permanente de la causante, respectivamente⁴⁰, y el 15 de septiembre de 2015 solicitaron, simultáneamente, la aclaración sobre algunos pagos realizados por concepto de la referida prestación, oportunidad en la que también se presentaron ante la UGPP como hija y compañero permanente de la causante, la una y el otro⁴¹.

De igual manera, instauraron, en forma conjunta, acción de tutela tendiente a que se amparara el derecho de petición, producto de una solicitud relacionada con la prestación en controversia⁴².

Adicionalmente, el acto acusado dispuso el reconocimiento de una «pensión de sobrevivientes» a favor del demandado y de Diany Yisseth Valderrama Mosquera, aunque esta última recibió su porcentaje correspondiente hasta el 25 de agosto de 2015, fecha en la que cumplió 25 años de edad.

No obstante, la Sala advierte que solo hasta el 25 de agosto de 2017⁴³ se puso en conocimiento de la UGPP la presunta irregularidad respecto de la convivencia entre el demandado y la causante, es decir, casi 4 años después de haber ocurrido el reconocimiento de la «pensión de

aportado al proceso, por lo que debe ser valorada por el juez de la causa, según el mérito que le corresponda de acuerdo con los demás elementos de prueba allegados. En este punto es pertinente resaltar que la señora Diany Yisseth Valderrama Mosquera, el 25 de agosto de 2017, denunció la posible irregularidad ante la UGPP, es decir, después de que habría sucedido lo que se relata en la noticia criminal. (Folio 312 a 322).

³⁷ Presentada por Diany Yisseth Valderrama Mosquera. (Folio 188, cuaderno principal).

³⁸ Folios 189 a 190, cuaderno principal.

³⁹ Folio 227, cuaderno principal.

⁴⁰ Folios 123 y 124, cuaderno principal.

⁴¹ Folio 181, cuaderno de medida cautelar.

⁴² Folios 95 a 99, cuaderno principal.

⁴³ Folios 195 y 196, cuaderno principal.

sobrevivientes»⁴⁴ y casi 2 años posteriores al momento en que Diany Yiseth Valderrama Mosquera dejó de percibir el porcentaje a que tenía derecho.

- ii. Revisados los apartes del informe de investigación adelantado por la empresa CYZA, citados en la demanda y en los escritos presentados por el demandado, varios de los declarantes, entre ellos una hermana de la causante, manifestaron que entre el señor José Ángel Valderrama Copete y la señora Nilda Rafaela Mosquera Caicedo **existía una relación de pareja, aun cuando no compartían residencia**⁴⁵. Por tener relevancia en lo que se decide en esta providencia, se traen a colación las siguientes declaraciones:

- a. Asunción Mosquera Caicedo, hermana de la causante:

[...] coy (sic) fe de que mi hermana tuvo una relación de pareja con el señor José Ángel Valderrama de esa relación tuvieron una hija que nació en el año 1990, es de informar que ellos cada uno tenía su casa y se visitaban mutuamente incluso él se quedaba en la casa de ella por días y así continuo (sic) la relación hasta que mi hermana falleció el día 29 de abril de 2014.

- b. Esmeralda Bermúdez Córdoba, vecina de la causante:

[...] tengo conocimiento que ella tenía una relación de pareja con un señor pero nunca lo vi durmiendo ahí, y la visitaba su hija Diany quien venía de la ciudad de Medellín y así continuo (sic) hasta que mi vecina falleció [...].

- c. Patricia Elena López Vásquez, vecina del solicitante (demandado):

[...] sé que tuvo una relación de pareja con la sra Nilda Rafaela Mosquera y de esa unión conocía una hija Diany Yiseth Valderrama Mosquera, no convivían juntos pero se frecuentaban mutua/ y así hasta saber del fallecimiento de la Sra. 29 de abril de 2014.

A partir de las declaraciones citadas, contenidas en el informe de investigación desarrollado por la empresa CYZA, la Sala encuentra que en esta etapa procesal no se ha desvirtuado que entre el demandado y la señora Nilda Rafaela Mosquera Caicedo, si bien residían en viviendas separadas, existió un vínculo. No obstante, los elementos probatorios que

⁴⁴ La pensión de sobrevivientes fue reconocida mediante Resolución número RDP 30005 del 30 de septiembre de 2014.

⁴⁵ Folios 103 a 105, cuaderno principal.

obran en el expediente no son suficientes para afirmar que sí fueron compañeros permanentes o que no lo fueron.

Como quedó expuesto en precedencia, del hecho de no compartir vivienda no se desprende inexorablemente la inexistencia de la convivencia. En ese contexto, corresponde al juez de la causa realizar un análisis probatorio profundo y lograr un mínimo de certeza respecto de la existencia o no de la comunidad de vida entre el eventual beneficiario y la causante, en aras de descartar o confirmar, según el caso, que entre ambos tuvo lugar apenas un vínculo circunstancial sin vocación de permanencia.

- iii. Lo expuesto hasta este punto pone en evidencia una serie de hechos que, desde un primer acercamiento al debate, esto es, previo a la etapa probatoria que se debe surtir en el proceso, no arrojan un mínimo de certeza y claridad acerca de la existencia o inexistencia de convivencia entre el demandado y la causante, y generan un espectro de duda sobre una parte de la información de la que se tiene conocimiento.
- iv. El *a quo* decretó la suspensión provisional de los efectos del acto acusado, argumentando que «[...] existe duda acerca, de si efectivamente existió convivencia dentro de los últimos cinco años anteriores al fallecimiento, entre la Señora Nilda Rafaela Mosquera Caicedo y el señor José Ángel Valderrama Copete»⁴⁶, es decir, la medida cautelar fue decretada partiendo de una incertidumbre.

A juicio de la Sala, comoquiera que no existen pruebas concluyentes que permitan deducir que la «pensión de sobrevivientes» fue reconocida sin el lleno de los requisitos legales, no era posible decretar la suspensión provisional de los efectos del acto acusado.

Lo anterior, puesto que no aparece tan clara la apariencia de buen derecho o *fumus boni iuris* que debe acompañar a la solicitud de medida cautelar, y solo después de haber practicado las pruebas correspondientes será posible determinar si existió o no convivencia, durante el tiempo que exige la ley, entre el señor José Ángel Valderrama Copete y la señora Nilda Rafaela Mosquera Caicedo.

⁴⁶ Folios 159, vuelto, y 160, cuaderno de medida cautelar.

En consecuencia, toda vez que no existe una mínima certeza acerca del incumplimiento del requisito de convivencia, la decisión del Tribunal debió haber privilegiado la confianza legítima que le asiste al demandado, a quien la Administración le reconoció un derecho y espera que el respectivo acto sea cumplido mientras no se demuestre su irregularidad o discrepancia con el orden jurídico.

En esos términos, el decreto de la medida cautelar resulta desproporcionada, en tanto pone en cabeza del demandado el deber de soportar las dudas que pudieren existir frente al cumplimiento del requisito de convivencia, lo cual, adicionalmente, desdibuja la presunción de legalidad de que gozan los actos administrativos.

Así las cosas, sin que ello implique prejuzgamiento, la Sala revocará el auto del 24 de julio de 2018, proferido por el Tribunal Administrativo del Chocó, que decretó la suspensión provisional de la Resolución número RDP 030005 del 30 de septiembre de 2014, expedida por la UGPP.

En mérito de lo expuesto, la Subsección A de la Sección Segunda del Consejo de Estado

Resuelve

Primero. Revocar el auto del 24 de julio de 2018, proferido por el Tribunal Administrativo del Chocó, que accedió a la suspensión provisional de los efectos del acto acusado.

Segundo. Una vez se encuentre en firme esta providencia, **devolver** el expediente al Tribunal de origen.

Notifíquese y cúmplase.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de la fecha.

WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ

GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ

RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS

JMMC/DDG