



JUZGADO CUARTO ADMINISTRATIVO ORAL DE MEDELLÍN

Medellín, veinticuatro (24) de octubre de dos mil catorce (2014)

RADICADO:	05001 33 33 004 2013 0017200
MEDIO DE CONTROL:	Nulidad y Restablecimiento del Derecho – Pensiones.
DEMANDANTE:	MARIA ISMENIA MUÑOZ DE MÚNERA
DEMANDADO:	IPSE
ASUNTO:	Niegas suspensión del acto demandado.

ASUNTO

Corresponde en esta oportunidad al Despacho pronunciarse sobre la petición de suspensión del acto demandado.

LA SOLICITUD DE MEDIDA CAUTELAR

En escrito separado la actora solicita al Juzgado se suspenda la actuación demandada para que de esa manera no se pague las mesadas pensionales a quien ahora es la beneficiaria.

Aduce que con la misma se busca evitar detrimento económico a la entidad y que es procedente porque no existen menores de edad como beneficiarios.

En punto al concepto de violación afirma en la demanda que la actuación respecto de la cual se pide la suspensión desconoce los artículos 46, 48, 49 y 53 de la Constitución Nacional, toda vez que la pensión de sobrevivientes es un derecho fundamental, además se viola su derecho fundamental al mínimo vital, en particular por ser una persona de la tercera edad.

TRÁMITE SURTIDO A LA SOLICITUD DE MEDIDA CAUTELAR

Previo a la inadmisión de la demanda por adolecer de cierta documentación importante para resolver¹, la cual fue allegada por la parte actora², se procedió

1. Folios 43 y vto.

2. Folios 45 a 54.

a admitir la demanda vinculando a la señora Claudia María Ríos³, quien actualmente recibe las mesadas pensionales.

Por auto del 11 de octubre de 2013 se corrió traslado de la solicitud de medida cautelar, por el término de cinco (5) días, el cual fue notificada el 22 y 28 de agosto de 2014, tanto a la señora Claudia Ríos, vinculada al proceso como a la parte activa de la demanda⁴.

A su vez, por auto del 12 de septiembre de 2014 se concedió amparo de pobreza a la señora Claudia Ríos a petición suya y se le designó curador ad litem⁵, el cual pese a haberse notificado de la demanda en forma personal⁶, omitió pronunciarse sobre las medidas cautelares deprecadas.

Por su parte el IPSE, se pronunció sobre la medida cautelar oponiéndose a la pretensión de suspensión de pagos de la pensión, e indicando que se atenía a lo que se probara en el proceso y a la decisión del Juzgado; a su vez, que sus actuaciones fueron de buena fe y ajustadas a todo el ordenamiento jurídico que nos gobierna⁷.

ANTECEDENTES

La parte actora, citada en este proveído, formuló ante el Juzgado demanda de nulidad y restablecimiento del derecho contra la Resolución 20111300001895, proferida el 25 de julio de 2011 por el director General del Instituto de Planificación y Promoción de Soluciones Energéticas Para las Zonas no Interconectadas –IPSE.

Con el control del acto demandado pretende la accionante, entre otros, que se restablezca el derecho que dice tener a que sea ella por tener mejor derecho, a quien se le reconozca la pensión de sobrevivientes (sic), en un 100%, derivada de la muerte del extinto Ovidio Aníbal Múnica Zapata, en su calidad de ex cónyuge, más no en favor de la señora Claudia María Ríos a quien el IPSE le sustituyó dicha prestación.

3. Folios 58 y vto

4. Ver cuaderno medida cautelar anexo.

5. Ver folios 71 y vto cuaderno principal

6. Ver folio 3 vto.

7. Ver folios 90 a 91.

En respaldo de su tesis indica que Ovidio Aníbal Múnera Zapata fue su esposo, por la vía de rito católico, celebrado el 13 de agosto de 1961 y con quien convivió por más de 50 años, hasta el año 2010, en que se radicó de manera permanente en los Estados Unidos de América; pero que, estuvo pendiente de la evolución de la enfermedad de su esposo la cual para esa época ya era precaria, razón por la cual no le fue posible a éste viajar a los Estados Unidos. Así, según la demandante, para el día 16 de marzo de 2011, en que murió el señor Ovidio, estaba vigente el vínculo matrimonial.

De otra parte sostiene, que, con la señora Claudia María Ríos a quien se le sustituyó la pensión, celebró contrato, por el cual recibía salarios, para que estuviera al cuidado del señor Ovidio Aníbal Múnera Zapata, por lo que es falso que aquella viviera bajo el mismo techo con éste puesto que tenía su residencia en otro lugar.

Agrega la demandante que para recibir la pensión, la señora Claudia María Ríos, de manera mentirosa y engañosa presentó una declaración juramentada en la cual indicó que convivía con el extinto Ovidio, como compañera permanente, desde hacía seis (6) años, hecho que se aleja de la verdad toda vez que era ella quien vivía de manera permanente bajo el mismo techo y lecho con el ahora fallecido.

Finalmente considera que la actuación demandada desconoce los artículos 46,48, 49 y 53 de la Constitución Política de Colombia, el mínimo vital y los artículos 36,47, 48 y 288 de la Ley 100 de 1993.

Por su parte, la señora Claudia María Ríos, en documento que allegó al procedimiento pidió que no se ordenara la suspensión de las mesadas, toda vez que acompañó en unión marital al fallecido Ovidio Aníbal Múnera durante casi 9 años, hasta el día de su muerte, quedando sola como madre cabeza de hogar ya que tiene un niño de 12 años y no cuenta con otro ingreso, por lo que la pensión de sobrevivientes (sic) es su único ingreso para sobrevivir con su hijo. Además indicó que por no tener recursos para costear abogado le fuera nombrado uno por vía del amparo de pobreza.

PREMISAS NORMATIVAS EN MATERIA DE MEDIDAS CAUTALARES

a. En relación con las medidas cautelares solicitadas en el medio de control nulidad y restablecimiento del derecho, el capítulo decimoprimer del CPACA (Arts. 229 a 241) regula lo concerniente, estableciendo, entre otros, los siguientes requisitos formales, relevantes:

“i. Proceden en los procesos declarativos⁸, ii. A petición de parte (regla general), debidamente sustentada⁹ (preferiblemente en escrito separado), iii. Debe tener una relación directa y necesaria con la demanda¹⁰, iv. En el caso de la suspensión provisional de un acto administrativo “la suspensión provisional de sus efectos procederá por violación de las disposiciones invocadas en la demanda o en la solicitud que se realice en escrito separado, cuando tal violación **surja del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas o del estudio de las pruebas alegadas con la solicitud.**”¹¹, v. No se requiere el pago de caución¹², vi. No se requiere la prueba del perjuicio, basta la confrontación de las normas¹³.”

A su vez, en lo que hace referencia a la suspensión de los actos administrativos en concreto, los artículos 229 y 230 -3, fijan los objetivos e individualizan en forma expresa el alcance de la figura, respectivamente.

b. Como se recuerda la suspensión del acto administrativo es una institución que fue consagrada por el Constituyente de 1991, artículo 238¹⁴ y regulada por el artículo 152 del Código Contencioso Administrativo¹⁵ (Código anterior al actual).

Sobre la citada institución la jurisprudencia del Consejo de Estado, tuvo la oportunidad de referirse en reiteradas ocasiones, en vigencia del Código citado, en los siguientes términos:

“2.- En efecto, la procedencia de la suspensión provisional supone que la infracción normativa aparezca de forma clara, evidente, palmaria u ostensible, esto es, que se advierta sin que ello excluya las razones de argumentación jurídica por parte del juez para decretarla. Por el contrario, si se requiere un análisis riguroso, sustancial o de fondo, la decisión

8. Art. 229 Inc. 1 CPACA

9. Art. 229 Inc. 1 CPACA.

10. Art. 230 Inc. 1 CPACA.

11. Art. 231 Inc. 1 CPACA.

12. Art. 232 Inc. 3 CPACA.

13. Art. 231 Inc. Final

14. ARTICULO 238. La jurisdicción de lo contencioso administrativo podrá suspender provisionalmente, por los motivos y con los requisitos que establezca la ley, los efectos de los actos administrativos que sean susceptibles de impugnación por vía judicial.

15. Art. 152 C.C.A.

deberá adoptarse en la sentencia luego de surtido el debate procesal correspondiente.

Por tanto, los requisitos para que proceda la medida cautelar en tratándose del ejercicio de la acción de simple nulidad son los siguientes:

- 1) Que la medida se solicite;
- 2) Que se sustente de modo expreso en la demanda o por escrito separado,
- 3) Que la infracción por parte del acto debe ser manifiesta frente a una de las disposiciones invocadas como fundamento de la misma, por confrontación directa o mediante documentos públicos aducidos con la solicitud.

3.- Por lo tanto, la procedencia de la suspensión provisional de un acto administrativo está condicionada a que la violación al ordenamiento jurídico que se le imputa al mismo sea evidente, ostensible, notoria, palmaria, a simple vista o *prima facie*, conclusión a la que se debe llegar, según ha expresado la Sala, mediante un sencillo y elemental cotejo directo entre el acto administrativo demandado y las normas que se invocan como transgredidas, en un proceso comparativo que no requiere de mayores esfuerzos interpretativos o probatorios, sin que ello excluya las razones de argumentación jurídica por parte del juez para decretarla, porque, en el caso de requerir un análisis profundo o un estudio de igual naturaleza de los medios probatorios aducidos con la demanda, no resulta posible su decreto, y las consideraciones de legalidad o ilegalidad en torno al acto se deben posponer para la sentencia.”¹⁶

c. En vigencia del CPACA las orientaciones jurisprudenciales tienen señaladas algunas características respecto de la suspensión del acto administrativo que denota ciertas diferencias, en relación con la misma figura en el anterior ordenamiento, al respecto ha señalado:

“Al respecto cabe resaltar que la nueva normativa presenta una variación significativa en la regulación de esta figura, por cuanto la norma obliga al juez administrativo para realizar el *análisis* entre el acto y las normas invocadas como transgredidas, y *estudiar* las pruebas allegadas con la solicitud.

Finalmente, el Despacho considera importante destacar que pese a que la nueva regulación le permite al Juez realizar un análisis de la sustentación de la medida y estudiar las pruebas pertinentes, la decisión sobre la medida cautelar no implica prejuzgamiento, lo que obliga al Juzgador a ser en extremo cauteloso al momento de resolver la solicitud de suspensión provisional.”¹⁷

Por su parte, la doctrina se ha ocupado del asunto trazando las siguientes orientaciones:

¹⁶. Consejo de Estado, Sección Primera, Sentencia radicado 25000-23-24-000-2011-00180-01, del 18 de agosto de 2011, demandado Concejo municipal de Choachí, M.P. Dr. RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT PIANETA.

¹⁷. Consejo de Estado, Sección primera, **Radicación número: 11001032400020120029000, del 03 de diciembre de 2012.**

“Desde de la perspectiva *iusfundamental* que hemos propuesto en el presente escrito, podemos formular las siguientes conclusiones:

1)- La protección o garantía cautelar se puede definir como la anticipación provisoria de ciertos efectos previsibles de la providencia definitiva tendiente a prevenir, mediante la conservación o la constitución de un estado de hecho y de derecho, la causación de un daño marginal como consecuencia de la concreción de tal o cual riesgo que circunde las condiciones fácticas y jurídicas de la litis o, simplemente, por el retardo mismo de la declaración definitiva debidamente ejecutoriada que la resuelva de fondo, garantizando con ello el buen fin del proceso principal, la eficacia real y práctica de la acción judicial impetrada y, por consiguiente, la efectiva obtención de justicia.

2)- El *periculum in mora* o peligro en la mora, puede ser entendido como la necesidad de proteger la situación del demandante frente al inminente acaecimiento o agravación de una situación dañosa, cuya consumación podría hacer nugatorios los efectos de la sentencia, tanto por la ocurrencia de un fenómeno de sustracción de materia, como por su inoportunidad temporal, frustrando con ello la efectiva obtención de justicia.

3)- El *fumus boni iuris* consiste en la valoración de la apariencia de buen derecho que debe revestir la pretensión procesal-administrativa formulada por el extremo activo de la litis en su escrito de demanda que conduzca a concluir, con fundamento en un análisis sumario de la litis, que existen motivos serios para anular o modificar el acto administrativo impugnado como consecuencia de un abuso de la prerrogativa de autotutela, o ante la ausencia de una defensa bien sustentada de la constitucionalidad, convencionalidad o legalidad del acto por parte de la entidad demandada.

4)- La valoración del *periculum in mora* y del *fumus boni iuris* se erige en un parámetro para solucionar, por medio del método de la ponderación, una colisión entre dos principios, a saber: entre el derecho fundamental a la justicia y la presunción de legalidad que reviste a los actos administrativos.

5)- La ponderación será el método para determinar la viabilidad y la magnitud de la protección cautelar en cada caso concreto, teniendo en consideración la dimensión del riesgo que amenace con hacer nugatorios los efectos de la providencia que ponga fin al litigio y la buena apariencia que exhiba la pretensión procesal-administrativa que ha sido impetrada por el extremo activo de la litis.

En este orden de ideas, la protección cautelar, el *periculum in mora* y el *fumus boni iuris* conforman una triada indisoluble sobre la cual reposa un modelo de justicia provisional que se encuentra latente a lo largo y ancho de la Carta Política de 1991, cuyo espíritu garantista tiene la fuerza necesaria para revolucionar los mecanismos judiciales existentes en aras de potenciar efectiva protección de los derechos sin distinción a la generación a que éstos pertenezcan.”¹⁸

Por la misma línea la siguiente opinión doctrinal, en lo concerniente a la figura que es objeto ahora de análisis:

¹⁸. Castaño Parra Daniel. La protección cautelar en el contencioso administrativo colombiano: hacia un modelo de justicia provisional. Universidad Externado de Colombia

“en la pretensión de Nulidad procede la suspensión provisional cuando el acto impugnado es manifiestamente contrario a la norma superior que se invoca como infringida con el mismo, violación ´surja del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud´ no ya como lo exigía la norma anterior que la contradicción debía apreciarse de la simple confrontación del acto con la norma invocada. Ahora es más dúctil el concepto porque exige el análisis del juez para que deduzca esa violación de la simple confrontación o de estudio de las pruebas allegadas con la solicitud...”¹⁹(Negritas no son del texto original).

d. Sobre la figura jurídica objeto de estudio la Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, tuvo la oportunidad de analizar lo concerniente a las medidas cautelares negativas cuando se busca la suspensión del acto administrativo, y las positivas, cuando concierne al disfrute de una pretensión. A ese respecto, las orientaciones de la escuela apuntan a considerar que la tesis de la “duda razonable” es una buena guía para orientar la decisión del juez²⁰

A modo de síntesis es claro que los actos administrativos gozan de presunción de legalidad y que sigue siendo carga procesal de quien los cuestiona demostrar los vicios de que adolecen²¹. No obstante, las orientaciones del CPACA tienen como finalidad preservar el derecho discutido hasta tanto se produzca una decisión definitiva. Lo anterior en aras de que se concrete el principio de tutela judicial efectiva.

Será a partir del marco teórico anteriormente planteado, que el Juzgado pasa a estudiar el presente asunto.

¹⁹. Palacios Hincapié, Juan Ángel, Derecho Procesal Administrativo, Editorial Sánchez, 8° edición, Medellín, 2013, p. 289.

²⁰. “Si la medida cautelar que se solicita es negativa (suspensión de los efectos del acto) se debe cumplir con los requisitos del inciso 1 del artículo 231: que el acto viole una norma superior, lo que habrá de valorar el juez teniendo en cuenta los elementos de juicio de los que disponga al momento procesal en el que se resuelve sobre la cautela; y la acreditación sumaria del perjuicio en el evento de que se pretenda el restablecimiento del derecho o la reparación del daño (...)

Por ello parece abrirse camino, como solución pretoriana, el argumento de la existencia de una “duda razonable” para negar la medida; o lo que podría ser interpretado que cuando hay motivos que impidan tener un alto grado de convicción sobre la ilegalidad del acto debe negarse la cautela; quizá esto sea similar a fórmula de la “manifiesta infracción”, pero planteada no desde la ilegalidad objetiva del acto sino en el plano subjetivo del grado de certidumbre del juzgador. Lasso Lozano, Luis Manuel. LA SUSPENSIÓN ES LA ÚNICA MEDIDA CAUTELAR APLICABLE EN RELACIÓN CON LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS? en Escuela Rodrigo Lara Bonilla, Juicios por audiencias en la jurisdicción contenciosa administrativa, Tomo I, p. 250.

²¹. BETANCUR JARAMILLO, Carlos. Derecho Procesal Administrativo, Editorial Señal Editores, Octava Edición, Medellín, 2013, pp. 34 -35. Ver Artículo 88 CPACA.

ANÁLISIS DEL JUZGADO

A modo de síntesis, el problema jurídico se contrae en establecer si procede la medida cautelar consistente en suspender el pago de las mesadas pensionales que actualmente recibe la señora CLAUDIA MARÍA RÍOS, derivadas de sustitución pensional por la muerte del extinto OVIDIO ANÍBAL MÚNERA.

Por su parte, la señora MARIA ISMENIA MUÑOZ, considera que tiene mejor derecho, porque fue formalmente la esposa de aquel por 50 años y hasta su muerte.

A su vez, en su criterio, quien ahora recibe las mesadas obró de mala fe y con engaños en cuanto que habiendo sido contratada para el cuidado del ahora difunto y recibiendo salarios por éste servicio, logró hacerse merecedora a la prestación.

Sobre el mismo asunto sostiene el IPSE que obró de buena fe y que sus actos fueron ajustados al ordenamiento jurídico vigente.

Por su parte, reitera la señora Claudia María Ríos que convivió en calidad de compañera permanente con el fallecido por nueve años, que ahora es madre cabeza de hogar con un menor de doce años y que la pensión recibida es su único sustento.

En torno a los requisitos formales de la solicitud de medida cautelar advierte el Juzgado que la petición se formuló en documento separado y que respecto de las motivaciones existen argumentos planteados en el concepto de la violación que dan una idea de las premisas normativas presentadas por la actora, circunscrita básicamente en la presunta ilegalidad del acto demandado, en los términos del artículo 231.

Así mismo está claro que lo que se acusa es el acto administrativo, Resolución 20111300001895, expedida por el director General del IPSE, el 25 de julio de 2011, por medio de la cual se sustituyó la pensión a la señora CLAUDIA MARIA RIOS.

En tal orden, verificado los requisitos formales de la medida, advierte el Juzgado la siguiente situación de orden jurídico:

El artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, establece:

ARTÍCULO 47. BENEFICIARIOS DE LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES. <Expresiones "compañera o compañero permanente" y "compañero o compañera permanente" en letra itálica **CONDICIONALMENTE** exequibles>

<Artículo modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003. El nuevo texto es el siguiente:> Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:

a) En forma vitalicia, el cónyuge o *la compañera o compañero permanente* o supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga 30 o más años de edad. En caso de que la pensión de sobrevivencia 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 con anterioridad a su muerte;

b) En forma temporal, el *cónyuge o la compañera permanente* supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga menos de 30 años de edad, y no haya procreado hijos con este. La pensión temporal se pagará mientras el beneficiario viva y tendrá una duración máxima de 20 años. En este caso, el beneficiario deberá cotizar al sistema para obtener su propia pensión, con cargo a dicha pensión. Si tiene hijos con el causante aplicará el literal a).

Si respecto de un pensionado hubiese un *compañero o compañera permanente*, con sociedad anterior conyugal no disuelta y derecho a percibir parte de la pensión de que tratan los literales a) y b) del presente artículo, dicha pensión se dividirá entre ellos (as) en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido.

<Aparte subrayado **CONDICIONALMENTE** exequible> En caso de convivencia simultánea en los últimos cinco años, antes del fallecimiento del causante entre un cónyuge y una *compañera o compañero permanente*, la beneficiaria o el beneficiario de la pensión de sobreviviente será la esposa o el esposo. Si no existe convivencia simultánea y se mantiene vigente la unión conyugal pero hay una separación de hecho, la *compañera o compañero permanente* podrá reclamar una cuota parte de lo correspondiente al literal a en un porcentaje proporcional al tiempo convivido con el causante siempre y cuando haya sido superior a los últimos cinco años antes del fallecimiento del causante. La otra cuota parte le corresponderá a la cónyuge con la cual existe la sociedad conyugal vigente;

El enunciado normativo transcrito trae, entre otras hipótesis: (i) aquella según la cual él o la causante conviven con una o un *compañero permanente* pero mantienen un vínculo conyugal vigente y (ii) él o la causante conviven en vida simultáneamente con una *compañera permanente* y su cónyuge. Como se nota

la diferencia en las hipótesis citadas es que la convivencia en el primer caso no es simultánea en cambio en la segunda si la es.

En relación con la primera hipótesis se ha pronunciado tanto el Consejo de Estado como la Corte Constitucional en los siguientes términos: para el Consejo de Estado:

“En reciente pronunciamiento²² esta Sección –Subsección “A”, sostuvo la misma línea Jurisprudencial, y **otorgó la asignación de retiro en su totalidad a la compañera permanente porque se probó la convivencia exclusiva con el causante durante los últimos años de vida. No se trataba de una convivencia simultánea como la anterior.** En esta oportunidad la Sala, sostuvo: (...)”²³ (Negritas no son del texto original).

“Con el anterior antecedente Jurisprudencial y con base en los artículos 13, 42 y 48 de la Constitución Política, los derechos a la Seguridad Social comprenden de la misma manera tanto al cónyuge como al compañero o compañera permanente.

Adicionalmente, cuando se presente conflicto entre los posibles titulares del derecho a la sustitución pensional, debe valorarse el auxilio o apoyo mutuo, la convivencia efectiva, la comprensión y la vida en común al momento de la muerte, que son los factores que legitiman el derecho reclamado, así como la dependencia económica de las potencialmente beneficiarias.

En este orden de ideas, dirá la Sala que es el criterio material de convivencia y no el criterio formal de un vínculo el factor determinante reconocido por la reciente Jurisprudencia de la Sección para determinar a quién le asiste el derecho a la sustitución pensional.”²⁴

En referencia a la segunda hipótesis la Corte Constitucional ha indicado:

“En estos términos, a pesar de que la Corte ha sostenido que el matrimonio y la unión marital de hecho son instituciones con especificidades propias y no plenamente asimilables, la jurisprudencia constitucional ha decantado que *“los derechos conferidos a la familia que se conforma por cualquiera de*

²² Sentencia de 31 de enero de 2008, M.P., Dr. Alfonso Vargas Rincón, Exp. No. 0437-00, Actora: Bertilda Peña Bermúdez.

²³. **Consejo de Estado**, Radicación número: 25000-23-25-000-2008-00877-01(1676-11), del 3 de mayo de 2012, **Consejero ponente: BERTHA LUCIA RAMIREZ DE PAEZ.**

²⁴. Ídem.

las dos vías no son susceptibles de tratamiento diferencial cuando éste tiene como único fundamento su divergencia estructural”²⁵. Por este motivo, la Corte llega a la conclusión de que el trato preferencial que establece la expresión demandada no es constitucional.

10.2.6. En consecuencia, con el fin de eliminar la discriminación advertida y evitar un vacío en la regulación, la Corte considera que los argumentos expresados hasta el momento son suficientes para declarar la constitucionalidad condicionada de la expresión **“En caso de convivencia simultánea en los últimos cinco años, antes del fallecimiento del causante entre un cónyuge y una compañera o compañero permanente, la beneficiaria o el beneficiario de la pensión de sobreviviente será la esposa o el esposo”** contenida en el literal b del artículo 13 de la Ley 797 de 2003 que modificó el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, únicamente por los cargos analizados, en el entendido que además de la esposa o esposo, también es beneficiario de la pensión de sobrevivientes, el compañero o compañera permanente y dicha pensión se dividirá entre ellos (as) en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido”²⁵

Sobre el mismo tema ha dicho el Consejo de Estado, siguiendo su precedente ha sostenido:

“Ahora bien, el Consejo de Estado ha referido que en casos de convivencia simultánea entre la cónyuge y la compañera permanente con el causante de la sustitución pensional, es procedente ordenar el reconocimiento prestacional en porcentajes iguales, atendiendo a criterios de justicia e igualdad material”²⁶

CASO CONCRETO

A partir de las dos hipótesis que preceden, para la presente decisión el Juzgado privilegiará a tesis sostenida por el Consejo de Estado según la cual, en situaciones como las que aquí se deciden es determinante el criterio material sobre el formal, en cuanto que debe prevalecer los criterios de solidaridad, ayuda mutua y colaboración entre los cónyuges, antes que el criterio formal circunscrito a simples certificaciones que en muchos casos quedan simplemente en eso.

Ahora bien, verificadas las pruebas que obran en el dossier se constata que el vínculo matrimonial entre la señora María Ismenia Muñoz y el señor Ovidio Aníbal Múnera Zapata, para la fecha en que éste falleció, el 16 de marzo de

²⁵. C-1035 de 2008.

²⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, C.P. Dr. Gerardo Arenas Monsalve, Sentencia de 30 de julio de 2009, Radicación No.: 68001-23-15-000-2001-02594-01 (0638-08), Actor: Herminda Flórez Jaimes, Demandado: Ministerio de Defensa – Policía Nacional y Otro.

2011, se encontraba vigente, lo anterior se encuentra acreditado con el registro y la partida de matrimonio, ver folios 16 y 17.

No obstante, en punto a la convivencia con el fallecido dentro de los cinco años anteriores a su muerte, si bien aparecen documentos que indican que la señora Zapata se beneficiaba de los servicios médicos derivados de la calidad de cotizante del causante en vida, hasta el 4 de diciembre del año 2010²⁷, fecha en que viajó para los Estado Unidos, según su dicho, aun sin demostrar, en todo caso no son suficientes para acreditar que entre la ahora interesada y Ovidio existía convivencia y tal grado de solidaridad conyugal esperada en estos casos.

Tampoco hay pruebas de la situación socioeconómica de la demandante, en aras de verificar que su mínimo vital está en riesgo como lo pregona o que dependía económicamente de éste.

En cambio, al remitirse al expediente que sirvió de base para sustituir la pensión a la señora Claudia María Ríos, se advierten pruebas contundentes de la relación que ésta dijo haber sostenido con el causante, una de ellas es la autorización que éste hizo, para que su pensión fuera sustituida a aquella, en la cual sostiene lo siguiente:

“me permito autorizar se me sea concedido el traspaso de el sueldo de pensión que me corresponde a nombre de la compañera CLAUDIA RIOS identificada como aparece en su cédula de ciudadanía. Lo presente dicho traspaso y reclamo de pensión se expone una vez mi fallecimiento, y que es la única en reclamar dicha pensión mencionada. Y que la señora MARIA ISMENIA MUÑOZ quien abandono el hogar hace treinta (30) años por lo cual no espongo que reclama dicho sueldo de pensión (sic)” (ver folio 284).

A su vez, a folio 323 y vto, aparece una declaración extra proceso ante el Notario Segundo de Bello, de fecha 23 de julio de 2009, en la cual el señor Ovidio Aníbal Múnera, manifiesta que convive con la señora CLAUDIA MARIA RIOS, desde hace más de 6 años como compañera, que tiene como hijastro a Sebastián Serna Ríos y que además responde por el sustento de Claudia y de éste.

Así mismo, a folios 324, 325 y 326, los señores Hernán Alberto Restrepo Muñoz, Ivan Darío Cano Restrepo y Oscar Hernando Castrillón Ruiz, declaran

²⁷. Ver folios 27 a 39.

ante el mismo Notario indicando la existencia de la vida marital de hecho de Ovidio y Claudia.

Nótese, adicionalmente, que se surtieron todos los trámites de mortuoria y que no hay pruebas de que la señora MARIA ISMENIA haya estado al menos cerca de los mismos, o la constancia de una llamada, carta, telegrama, u otra prueba que indiquen que estaba pendiente del causante.

Tampoco hay pruebas del contrato y/o de los pagos, que dijo haber celebrado y realizado con la señora Claudia María Ríos, para atender al enfermo ahora fallecido. En suma, para el Juzgado de cara a las pruebas que aparecen vertidas en el proceso, en esta etapa procesal, no existen elementos de juicio que indiquen, más allá del vínculo conyugal, que convivió con el causante dentro de los cinco años anteriores a su muerte, que dependía de éste y que en sus últimos años le prestó ayuda y socorro.

Así las cosas la hipótesis que se vislumbra en lo que ha avanzado del presente proceso, es que la señora MARIA ISMENIA MUÑOZ, formalmente era la esposa del causante Ovidio Múnera, pero éste hacia vida marital con la señora CLAUDIA MARIA RIOS, a quien ayudaba económicamente al igual que a su hijastro. En consecuencia, de cara a la premisa normativa aplicable a esta hipótesis, no se avizora ilegalidad del acto demandado, por lo mismo no hay razones para considerar que se está en presencia del *fumus boni iuris*, consiste en la valoración de la apariencia de buen derecho que debe revestir la pretensión procesal-administrativa formulada.

Lo anterior según la jurisprudencia referida a las medidas cautelares no se considera prejuzgamiento por el fallador, por ser necesario para resolver la procedencia de las medidas cautelares solicitadas, pero no significa una decisión definitiva toda vez que el proceso apenas inicia y la realidad al momento del fallo de mérito puede ser distinta.

En tal sentido al margen de que el IPSE haya o no obrado de buena fe o que la señora CLAUDIA MARIA RIOS, haya obrado de la misma manera, el hecho cierto es que el Juzgado carece de razones para suspender la actuación demandada.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO CUARTO ADMINISTRATIVO ORAL DE MEDELLÍN**,

RESUELVE:

PRIMERO: NEGAR la medida cautelar consistente en suspensión provisional del acto administrativo, Resolución 20111300001895, expedida por el director General del IPSE, el 25 de julio de 2011, por medio de la cual se sustituyó en forma definitiva la pensión de jubilación que percibía el señor Ovidio Aníbal Zapata a favor de la señora Claudia María Ríos.

NOTIFÍQUESE Y CUMPLASE,

EVANNY MARTÍNEZ CORREA
Juez

**JUZGADO CUARTO ADMINISTRATIVO ORAL
DEL CIRCUITO MEDELLÍN**

Siendo las ocho de la mañana (8:00A.M) del día de hoy **27 DE OCTUBRE DE 2014** se notifica a las partes la providencia que antecede por anotación en Estados. 4

EDWIN ALEXANDER ARBOLEDA TAVERA
Secretario