

PENSION DE SOBREVIVIENTE – Compañera permanente / FUNCIONARIO DE SEGURIDAD SOCIAL – Marco normativo y jurisprudencial / PENSION DE SOBREVIVIENTE – Beneficiarios / COMPAÑERA PERMANENTE – Requisitos para que tenga derecho a la pensión de sobreviviente

La Sala debe precisar que las normas que gobiernan la sustitución pensional debatida son las vigentes al momento del deceso del causante, esto es, a 4 de septiembre de 1990, pues es a partir de esta fecha que nace el derecho para los beneficiarios del pensionado, tal como lo ha sostenido esta Subsección en diferentes oportunidades. Para aquella época la norma que regulaba el derecho a la pensión de sobrevivientes por muerte por riesgo común era el Acuerdo 49 de 1º de febrero de 1990, emanado del Consejo Nacional de Seguros Sociales Obligatorios, aprobado mediante Decreto 758 de 11 de abril del mismo año y aplicable de manera obligatoria, entre otros, a los funcionarios de seguridad social del Instituto de Seguros Sociales, como el señor Supelano Ladrón de Guevara.

FUENTE FORMAL: DECRETO 758 DE 1990 / DECRETO 1651 DE 1977 / DECRETO 2148 DE 1992 / DECRETO 413 DE 1980

PENSION DE SOBREVIVIENTE – Compañera permanente / COMPAÑERA PERMANENTE – Carga probatoria / COMPAÑERA PERMANENTE – Debe demostrar la convivencia / CARGA PROBATORIA – Testimonios / TESTIMONIOS – Defecto e incongruencia probatoria / CARGA PROBATORIA – No ejercida

Si la parte actora quería sacar adelante sus pretensiones, tenía que desplegar todos sus esfuerzos y allegar todos los documentos que tuviera en su poder, para reforzar el dicho de las testigos y brindar al juez la certeza suficiente acerca de la convivencia efectiva entre Francisco Hernando Supelano Ladrón de Guevara y Yolanda Monsalve Medina durante los tres años previos a la muerte de aquél; como no lo hizo, la decisión que se impone es negar las súplicas de la demanda por defecto e incongruencia probatoria, como acertadamente lo resolvió el Tribunal Administrativo de Cundinamarca. En este punto la Sala advierte que el mínimo probatorio exigido por el artículo 48 del Acuerdo 049 de 1990, en el sentido que la calidad de compañero permanente se acredita con la inscripción efectuada ante el ISS por el afiliado o asegurado fallecido o, en su defecto, con dos declaraciones extrajuicio rendidas ante una autoridad judicial, no se compadece con los principios procesales de libertad probatoria y de libre apreciación del Juez. En efecto, al señalar esos dos únicos medios de prueba para acreditar la calidad de compañero permanente, el citado acto administrativo riñe con lo que sobre el mismo aspecto refirió el artículo 4º de la Ley 54 de 1990, en cuanto a que la existencia de la unión marital de hecho puede establecerse por los medios ordinarios de prueba consagrados en el Código de Procedimiento Civil. Por tales razones se reitera que, en este caso, los dos testimonios recaudados resultaron demasiado insustanciales y precarios para crear la certeza del hecho que daría lugar al reconocimiento pensional, vale decir, la convivencia efectiva de la demandante con el *de cuius* durante los tres años anteriores a su muerte; lo que imponía la presencia de elementos de prueba adicionales, que jamás fueron aportados.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN SEGUNDA

SUBSECCIÓN A

Consejero ponente: GUSTAVO EDUARDO GOMEZ ARANGUREN

Bogotá, D.C., diez (10) de octubre de dos mil trece (2013)

Radicación número: 25000-23-25-000-1997-03631-01(1199-12)

Actor: YOLANDA MONSALVE MEDINA

Demandado: INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES

Apelación Sentencia – Autoridades Nacionales

I. ANTECEDENTES

1. LA ACCIÓN

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia del 27 de octubre de 2011, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Segunda – Subsección “D”, que negó las súplicas de la demanda instaurada por la señora Yolanda Monsalve Medina contra el Instituto de Seguros Sociales, en procura de obtener el reconocimiento y pago de la pensión de sobreviviente en razón al fallecimiento del señor Francisco Hernando Supelano Ladrón de Guevara.

2. PRETENSIONES

Por intermedio de apoderado judicial y en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, la señora Yolanda Monsalve Medina solicitó se declare la nulidad de los siguientes actos administrativos:

- Resolución No. 06476 de 5 de junio de 1992, expedida por el Presidente de la Comisión de Prestaciones Económicas del ISS, por medio de la cual se negaron las *“prestaciones para sobrevivientes a la señora YOLANDA MONSALVE MEDINA, compañera supérstite del asegurado fallecido SUPELANO GUEVARA FRANCISCO HERNANDO”*.

- Resolución No. 000623 de 25 de enero de 1994, a través de la cual el Jefe de la División de Seguros Económicos del ISS resolvió el recurso de reposición, confirmando la decisión inicial.

- Resolución No. 000633 de 23 de agosto de 1996, por medio de la cual el Gerente de Pensiones de los Seguros Sociales Seccional Cundinamarca y Distrito Capital desató en forma negativa el recurso de apelación.

A título de restablecimiento del derecho, pidió condenar a la entidad demandada al reconocimiento y pago de la pensión de sobreviviente en razón al fallecimiento del señor Francisco Hernando Supelano Ladrón de Guevara, con sus respectivos intereses y debidamente indexada.

Reclamó además el pago de las agencias en derecho.

3. FUNDAMENTOS FÁCTICOS

Los hechos que sustentan las anteriores pretensiones se resumen de la siguiente manera:

La señora Yolanda Monsalve Medina estuvo casada con el señor Rubén Darío Reyes Roa, quienes posteriormente decidieron separarse de cuerpos indefinidamente y disolver y liquidar su sociedad conyugal.

A partir del 1º de septiembre de 1987 la actora estableció vida conyugal con el señor Francisco Hernando Supelano Ladrón de Guevara.

El señor Francisco Hernando Supelano Ladrón de Guevara había contraído matrimonio con la señora Clara Marina Perilla, pero dicho vínculo fue declarado nulo mediante sentencia proferida por la Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá. El mencionado ciudadano falleció el 4 de septiembre de 1990, época para la cual laboraba en el Instituto de Seguros Sociales.

El 9 de octubre de 1990, en su calidad de compañera supérstite, la demandante

presentó solicitud de reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, petición que fue negada a través de la Resolución No. 06476 de 5 de junio de 1992, expedida por el Presidente de la Comisión de Prestaciones Económicas del ISS.

Oportunamente la actora interpuso los recursos de reposición y apelación en subsidio, que fueron resueltos negativamente mediante Resoluciones números 000623 de 25 de enero de 1994, suscrita por el Jefe de la División de Seguros Económicos del ISS, y 000633 de 23 de agosto de 1996, expedida por el Gerente de Pensiones de los Seguros Sociales Seccional Cundinamarca y Distrito Capital.

4. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

Como normas vulneradas se citaron los artículos 2, 13, 29, 53, 90 y 128 de la Constitución Política; 3, 51, 85 y 136 del Código Contencioso Administrativo; 29 y 49 del Decreto 758 de 1990 y el Acuerdo 049 de 1990.

El apoderado de la actora afirmó que los actos acusados están afectados de las siguientes causales de nulidad:

4.1.- Violación de la ley. La administración desconoció por completo las normas relativas al reconocimiento del estado civil y los efectos generados con la declaratoria de nulidad del matrimonio del señor Francisco Hernando Supelano Ladrón de Guevara, que aunque data de 1989, ha de entenderse como si el vínculo jamás hubiese existido.

La convivencia que existió entre la actora y el causante cumple todos los requisitos señalados en el artículo 29 del Decreto 758 de 1990, por lo que no existían razones para negar la solicitud presentada.

4.2.- Desviación de poder. Aduciendo que en este caso se vulneró el derecho de contradicción y de defensa de la demandante, por cuanto en los actos administrativos que resolvieron los recursos de reposición y apelación se introdujeron hechos y razones nuevas para negar el derecho solicitado, respecto de los cuales la señora Monsalve Medina no tuvo oportunidad de pronunciarse.

5.- OPOSICIÓN

5.1.- La apoderada del **Instituto de Seguros Sociales** se opuso a las

pretensiones, exponiendo las siguientes razones de defensa:

En primer lugar explicó que en virtud del principio constitucional de la doble instancia, el superior se puede apartar de las consideraciones o motivaciones del subalterno, para cambiar, modificar o aclarar la decisión.

Seguidamente sostuvo que la solicitante no reunía los requisitos para ser beneficiaria de la pensión de sobrevivientes, por las siguientes razones: (i) No fue inscrita como compañera supérstite ante el ISS, como lo exige el artículo 48 del Acuerdo 049 de 1990, salvo que el periodo de convivencia haya coincidido con el de desafiliación, lo que no ocurre en este caso; por el contrario, se verificó que en el aviso de entrada al ISS el asegurado inscribió a quien era su cónyuge, la señora Clara Marina Perilla de Supelano; (ii) no cumplió con el requisito de tres años de convivencia, señalado en el artículo 29 *ibídem*, norma que para la contabilización de tal periodo requiere que se trate de personas solteras o cuya vinculación marital anterior haya sido desvirtuada, y en este caso la declaratoria de nulidad del matrimonio del causante tan solo se produjo el 26 de enero de 1989.

Agregó que mediante Resolución No. 2628 de 12 de agosto de 1992 se reconoció y transmitió el derecho a pensión de jubilación del causante Francisco Hernando Supelano Ladrón de Guevara a sus dos hijos, negando a su vez el derecho a la señora Yolanda Monsalve Medina por no cumplir los requisitos para el efecto.

Insistió que el derecho se negó, no por errores de la administración, sino por falta de los requisitos señalados en los actos administrativos acusados, hechos que no eran extraños para la solicitante, pues se referían a sus propias condiciones, de las cuales tenía pleno conocimiento.

Finalmente propuso la excepción de falta de jurisdicción y competencia, afirmando que el tema objeto de debate debe ser resuelto por la justicia laboral ordinaria, de conformidad con lo señalado en el artículo 2 del Código Procesal del Trabajo.

5.2.- La señora **Clara Marina Perilla de Supelano** fue notificada de la admisión de la demanda¹, pero no presentó escrito de contestación².

¹ Folio 251 vuelto cuaderno principal del expediente.

² Así se hizo constar en el auto de fecha 11 de noviembre de 2004, visible a folio 266 del cuaderno principal del expediente.

5.3.- Los señores **Andrés Hernando y María Claudia Supelano Perilla** fueron notificados y representados a través de *curador ad litem*³, quien presentó escrito de contestación exponiendo los siguientes argumentos:

En primer lugar sostuvo que en la medida que se prueben los supuestos de hecho de la demanda surgirá la prosperidad de las pretensiones, manifestando que se somete a lo que se declare judicialmente demostrado dentro del proceso.

Además propuso las siguientes excepciones:

a).- Única principal: Presunción de legalidad del acto administrativo que otorga la pensión de sobrevivientes de buena fe.

Expuso que la Resolución No. 2628 de 12 de agosto de 1992, a través de la cual se transmitió la pensión de jubilación otorgada a Francisco Hernando Supelano Ladrón de Guevara a sus dos hijos y se negó a su cónyuge y compañera supérstites, y la No. 3950 de 30 de octubre del mismo año, que negó el recurso de reposición presentado por la señora Yolanda Monsalve Medina, no fueron demandadas en este proceso, por lo que conservan la presunción de legalidad y mantienen su vigencia mientras no sean declaradas nulas.

Resaltó que la pensión de sobrevivientes decretada a favor de Andrés Hernando y María Claudia Supelano Perilla tenía carácter temporal y se disfrutaría por cada beneficiario hasta el 31 de diciembre de 1994 y 1993, respectivamente, cuando terminaran su escolaridad a nivel universitario, por lo que se supone que ya no deben estar percibiéndola.

Aseguró que los citados beneficiarios son particulares de buena fe, que recibieron su prestación mediante un acto administrativo legalmente expedido y, por tanto, no deben ser afectados por una hipotética decisión favorable en este proceso.

b).- Única subsidiaria: Regulación de la cuantía de la pensión de sobrevivientes de la actora.

Advirtió que en el evento de ser reconocida la pensión de sobrevivientes a favor

³ Folio 323 cuaderno No. 1.

de la actora, deberá considerarse que mediante Resolución No. 2628 de 12 de agosto de 1992 se otorgó a los señores Supelano Perilla hasta el 31 de diciembre de 1993 y 1994; en consecuencia, la cuantía de la prestación deberá regularse en forma retroactiva, dentro del rango temporal determinado por la administración en el citado acto.

II. LA SENTENCIA APELADA

Mediante sentencia de 27 de octubre de 2011, la Sección Segunda – Subsección “D” del Tribunal Administrativo de Cundinamarca negó las súplicas de la demanda, con el siguiente argumento:

En primer lugar declaró no probada la excepción de falta de jurisdicción y competencia, propuesta por la apoderada del ISS, considerando que el causante Francisco Hernando Supelano Ladrón de Guevara laboró en el sector público por más de 20 años y el último cargo que desempeñó fue el de Médico Especialista (Radiología), clase III, grado 38, teniendo la calidad de funcionario de la seguridad social, con vinculación legal y reglamentaria, por lo que las controversias originadas con esta clase de servidores son conocidas por la justicia administrativa.

En apoyo de lo anterior agregó que para la fecha del fallecimiento del señor Supelano (4 de septiembre de 1990) aún no había entrado en vigencia la Ley 100 de 1993, de lo que se deriva que estaba cobijado por un régimen anterior y que la jurisdicción contencioso administrativa tiene competencia para conocer de este asunto.

Luego de aludir a la normatividad que regula el tema objeto de debate y a las pruebas que obran en el expediente, precisó que mediante sentencia de 3 de abril de 1995, expedientes números 5708, 5833 y 5937 (acumulados), con ponencia del Doctor Álvaro Lecompte Luna, la Sección Segunda del Consejo de Estado declaró la nulidad de los literales a) y b) del artículo 49 del Acuerdo 049 de 1990, que establecían una incompatibilidad para percibir dos pensiones provenientes del ISS, o las cubiertas por esta entidad con las demás pensiones y asignaciones del sector público.

De igual manera advirtió que si bien es cierto, para la época en que se hizo exigible el derecho pensional, la calidad de compañera permanente se acreditaba

con la inscripción efectuada por el afiliado o asegurado fallecido ante el ISS; también lo es que la Ley 54 de 1990 (norma de mayor jerarquía que el Decreto 758 de 1990) admite otros medios ordinarios de prueba consagrados en el Código de Procedimiento Civil para acreditar dicha condición.

Sin embargo acotó que la referida inscripción se constituye en un indicio, que aunado a los demás medios probatorios, puede generar la certeza suficiente para definir el derecho.

Señaló que en este caso se aportó el formulario de aviso de entrada del trabajador al ISS, de fecha 18 de febrero de 1985, en el que la señora Clara Marina Perilla de Supelano aparece en calidad de cónyuge de Francisco Hernando Supelano Ladrón de Guevara, a partir de lo cual afirmó que era la voluntad del asegurado tener como beneficiaria a su cónyuge, coligiéndose la existencia de lazos afectivos entre la pareja, por lo menos en esa época.

Finalmente el *a quo* negó las pretensiones argumentando insuficiencia probatoria en cuanto a la convivencia efectiva, el socorro y apoyo mutuo entre la actora y el señor Supelano durante los tres años anteriores a su muerte. Veamos:

“De las declaraciones extrajuicio aportadas por la demandante, ratificadas dentro del proceso judicial, considera la Sala que las mismas no son suficientes para generar el convencimiento pleno de que la actora convivió los últimos tres años con el causante. En efecto, la demandante aparte de afirmar en el libelo demandatorio que mantuvo una relación sentimental por tres años con el causante, solo soporta dicha afirmación con dos (2) declaraciones correspondientes a VILMA LUZ AMERICA AMADO, compañera de trabajo en la entidad y MARIA RUTH PULIDO, cuñada de la señora VILMA LUZ AMERICA, dos personas que dicen haber conocido la convivencia entre la demandante y el señor Francisco Hernando Supelano Ladrón de Guevara, y que vivieron en un apartamento en el Barrio la Soledad; sin embargo, no se corrobora con ningún otro elemento probatorio que evidencie la convivencia efectiva, el apoyo y socorro mutuo, entre la demandante y el causante durante los últimos tres años anteriores a la muerte del señor Supelano Ladrón de Guevara, elementos tales como fotografías, cartas, recibos de pago, contrato de arrendamiento, acompañamiento el día del sepelio, comprobantes de pago de gastos funerarios que permitan dar certeza a lo afirmado por la actora.

De otro lado, las declaraciones resultan apenas precarias, para definir el tiempo de convivencia, pues Vilma Luz América Amado señala en términos generales sin ningún tipo de precisión que “tuve conocimiento aproximadamente desde mediados del año 87 hasta la fecha de su fallecimiento ocurrido en el año 1990” y en los mismos términos se expresa María Ruth Pulido “tuve la oportunidad de conocerlos como amigos y más adelante conocí el noviazgo de ellos hasta cuando decidieron vivir como pareja, más o menos eso fue como en el 87, hasta cuando él falleció como en el 90”. Este aspecto resulta especialmente relevante dado que en la demanda se afirma en forma puntual una convivencia entre el 1º de septiembre de 1987 hasta el 4 de septiembre de 1990, fecha de fallecimiento del señor Ladrón de Guevara, que computa tres (3) años y tres (3) días, lo cual hace más exigente la carga probatoria del actor (sic), pues como quedó dicho en materia de sustitución pensional, lo fundamental es la convivencia efectiva. Por ello, en el presente caso, resulta necesario un mayor acervo probatorio, lo cual se echa de menos, pues no es suficiente aportar solamente declaraciones de terceros, sino además otros elementos que prueben

de manera fehaciente la convivencia con su compañero o compañera y una vida singular, de apoyo mutuo”.

III. RECURSO DE APELACIÓN

En la oportunidad procesal correspondiente el apoderado de la demandante interpuso recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, solicitando su revocatoria bajo los siguientes argumentos:

De conformidad con lo establecido en el artículo 48 del Decreto 758 de 1990, la calidad de compañero(a) permanente puede acreditarse con dos declaraciones extrajuicio rendidas ante una autoridad judicial, lo que en efecto se hizo, por lo que no es de recibo el argumento expuesto en la sentencia según el cual debían allegarse otros medios probatorios para demostrar que la demandante convivió con el señor Francisco Hernando Supelano Ladrón de Guevara durante los tres años anteriores a su muerte.

La apreciación de las pruebas testimoniales que se hizo en la sentencia objeto de apelación fue errónea, por las siguientes razones: (i) Las señoras María Ruth Pulido Rojas y Vilma Luz América Rodríguez tuvieron contacto directo con los compañeros permanentes, pues las dos trabajaron con la demandante y evidenciaron la relación sentimental surgida entre ésta y el señor Supelano; (ii) las declarantes tuvieron una relación cercana y una estrecha amistad con la pareja, hasta el punto de realizar constantes visitas y celebraciones en el apartamento donde hacían vida conyugal; (iii) las declaraciones de las mencionadas ciudadanas se ratificaron en el presente proceso y no fueron objeto de señalamientos por parte de la entidad demandada ni de los intervinientes, por lo que no se les puede restar credibilidad; (iv) la prueba testimonial debió analizarse conjuntamente con los hechos indicadores que permiten inferir la existencia de una relación personal, amistosa y de noviazgo, previa a la convivencia entre la actora y el señor Supelano, tales como: 1.- La circunstancia que la actora trabajó hasta el 11 de marzo de 1993 en la misma sede de la clínica donde Francisco Hernando Supelano Ladrón de Guevara laboró como médico radiólogo hasta el momento de su muerte y 2.- el reconocimiento tácito inicial de la unión marital de hecho, efectuado por parte de la entidad demandada en sede gubernativa.

Los otros elementos señalados en la sentencia de instancia, como fotografías, cartas, recibos de pago, contrato de arrendamiento, comprobante de gastos funerarios, etc., son pruebas que, si bien la actora puede tener en su poder, de

ninguna manera demostrarían la convivencia durante los tres años que exigía la ley.

Por último señaló que el *a quo* no hizo referencia a las causales de anulación aducidas en la demanda, reiterando que con los actos acusados se violaron los derechos a la defensa y al debido proceso de la actora, por cuanto la actuación administrativa duró más de cuatro años y al resolver los recursos se introdujeron nuevos argumentos para negar la prestación solicitada.

IV. TRAMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

Mediante providencia de 29 de junio de 2012 se admitió el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la demandante (fl. 400 cd. 1). Posteriormente, por auto de 28 de septiembre siguiente se corrió traslado a las partes y al Agente del Ministerio Público para que alegaran de conclusión (fl. 402 cd. 1), etapa procesal en la que el apoderado de la actora reiteró íntegramente los argumentos contenidos en el concepto de violación de las normas que consideró vulneradas y en el recurso de apelación.

Para resolver, se

V. CONSIDERA

1. Problema jurídico

La Sala deberá determinar la legalidad de las Resoluciones números 06476 de 5 de junio de 1992, 000623 de 25 de enero de 1994 y 000633 de 23 de agosto de 1996, expedidas, en su orden, por el Presidente de la Comisión de Prestaciones Económicas del ISS, el Jefe de la División de Seguros Económicos de la misma entidad y el Gerente de Pensiones de los Seguros Sociales Seccional Cundinamarca y Distrito Capital; a fin de establecer si la actora tiene derecho a pensión de sobrevivientes como compañera permanente de Francisco Hernando Supelano Ladrón de Guevara, porque, a su juicio, la actuación administrativa que le negó dicha prestación está afectada de nulidad por la configuración de las causales relacionadas con la violación de la ley y desviación de poder.

2.- Marco normativo y jurisprudencial

En el expediente está demostrado que el señor Francisco Hernando Supelano

Ladrón de Guevara, cuya pensión reclama la demandante a título de compañera permanente, prestó sus servicios al Instituto de Seguros Sociales desde el 18 de febrero de 1985 hasta el 4 de septiembre de 1990, desempeñando el cargo de Médico Especialista (Radiología), clase III, grado 38⁴, siendo catalogado como funcionario de seguridad social⁵.

Con ocasión del cambio de naturaleza jurídica del ISS a establecimiento público⁶, el **artículo 2º del Decreto 1651 de 18 de julio de 1977**⁷ clasificó los cargos de tal entidad en asistenciales y administrativos, así:

“ARTICULO 2o. DE LA CLASIFICACION DE LOS EMPLEOS. Los cargos del Instituto de Seguros Sociales se clasifican en asistenciales y administrativos, según la naturaleza de las funciones que desempeñan sus titulares.

Se denominan genéricamente cargos asistenciales aquellos cuyas funciones están directamente relacionadas con la prestación de los servicios propios de atención integral de la salud y cuyos titulares deben ser profesionales de la medicina y de la odontología, así como los atendidos por personas naturales que cumplen actividades dirigidas a coadyuvar y complementar los servicios de atención integral de la salud.

Los demás cargos son administrativos”.

A su turno, el **artículo 3º ibídem** creó una modalidad de servidores públicos denominada “*funcionarios de seguridad social*”, en los siguientes términos:

“ARTICULO 3o. DE LOS SERVIDORES DEL INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES. Serán empleados públicos de libre nombramiento y remoción, el Director General del Instituto, el Secretario General, los subdirectores y los Gerentes Seccionales de la entidad. Tales empleados se sujetarán a las normas generales que rigen para los funcionarios de la Rama Ejecutiva del Poder Público.

Las demás personas naturales que desempeñen las funciones de que trata el artículo precedente, se denominarán funcionarios de seguridad social⁸, con excepción de las personas que cumplan las funciones relacionadas con las siguientes actividades que serán trabajadores oficiales, aseo, jardinería, electricidad, mecánica, cocina, celaduría, lavandería, costura, planchado de ropa y transporte.

Los funcionarios de seguridad social estarán vinculados a la administración por una

⁴ Folio 130 cuaderno 1.

⁵ Como consta en el texto de la Resolución No. 002628 de 12 de agosto de 1992 (folios 97 – 103 cuaderno No. 1).

⁶ Mediante Decreto 433 de 27 de marzo de 1971, “*Por el cual se reorganiza el Instituto Colombiano de Seguros Sociales*”.

⁷ “*Por el cual se dictan normas sobre administración de personal en el Instituto de Seguros Sociales*”.

⁸ El aparte subrayado fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional, mediante sentencia C-579 de 30 de octubre de 1996, M.P. Hernando Herrera Vergara, por unidad normativa con el párrafo del artículo 235 de la Ley 100 de 1993, en virtud de la vulneración del derecho a la igualdad. La Corte advirtió que la sentencia solamente produciría efectos hacia el futuro, a partir de su ejecutoria, respetando los derechos adquiridos y las situaciones consumadas con anterioridad a la misma.

relación legal y reglamentaria de naturaleza especial, que les confiere el derecho a celebrar colectivamente con el Instituto Convenciones para modificar las asignaciones básicas de sus cargos”.

Por otra parte, los **artículos 2, 3 y 4 del Decreto 413 de 1980**⁹ establecieron que las personas que prestan sus servicios en el Instituto de Seguros Sociales se clasificarían en empleados públicos y funcionarios de seguridad social.

Posteriormente se expidió el **Decreto 2148 del 30 de diciembre de 1992**¹⁰, cuyo **artículo 1º** dispuso que en adelante el ISS funcionaría como una Empresa Industrial y Comercial del Estado del orden nacional, vinculada al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.

El artículo 275 de la Ley 100 de 1993¹¹ conservó la misma naturaleza jurídica para la entidad enjuiciada¹².

Para la fecha de su muerte (4 de septiembre de 1990), el señor Francisco Hernando Supelano Ladrón de Guevara tenía la condición de funcionario de seguridad social en el ISS y aún no se había declarado la inexecuibilidad del aparte subrayado del artículo 3º del Decreto 1651 de 1977¹³, lo que determina la competencia de la jurisdicción contenciosa administrativa para resolver esta controversia, considerando que su vinculación se dio por una relación legal y reglamentaria de naturaleza especial, como acertadamente lo afirmó el *a quo*.

Ahora bien, la Sala debe precisar que las normas que gobiernan la sustitución pensional debatida son las vigentes al momento del deceso del causante, esto es, a 4 de septiembre de 1990¹⁴, pues es a partir de esta fecha que nace el derecho para los beneficiarios del pensionado, tal como lo ha sostenido esta Subsección en diferentes oportunidades¹⁵.

⁹ Por el cual se reglamentó la carrera del funcionario de seguridad social del Instituto de Seguros Sociales.

¹⁰ “Por el cual se reestructura el Instituto de Seguros Sociales, ISS”.

¹¹ “Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones”.

¹² “**Artículo 275.- Del Instituto de Seguros Sociales.** El Instituto de Seguros Sociales es una Empresa Industrial y Comercial del Estado, del orden nacional, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente, vinculada al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social y el régimen de sus cargos será el contemplado en el Decreto-Ley 1651 de 1977 y podrá realizar los contratos de que trata el numeral 5o. del artículo 32 de la Ley 80 de 1993”.

¹³ Lo que se efectuó mediante sentencia C-579 de 30 de octubre de 1996.

¹⁴ Según da cuenta el registro de defunción visible a folio 163 del primer cuaderno.

¹⁵ Sentencia del 10 de noviembre de 2005, expediente No. 3496-04, Consejera Ponente: Ana Margarita Olaya Forero.

Para aquella época la norma que regulaba el derecho a la pensión de sobrevivientes por muerte por riesgo común era el **Acuerdo 49 de 1º de febrero de 1990**, emanado del Consejo Nacional de Seguros Sociales Obligatorios ¹⁶, aprobado mediante **Decreto 758 de 11 de abril del mismo año** y aplicable de manera obligatoria, entre otros, a los funcionarios de seguridad social del Instituto de Seguros Sociales¹⁷, como el señor Supelano Ladrón de Guevara.

El mencionado derecho se estableció en los siguientes términos:

“ARTÍCULO 25. PENSION DE SOBREVIVIENTES POR MUERTE POR RIESGO COMUN. Cuando la muerte del asegurado sea de origen no profesional, habrá derecho a pensión de sobrevivientes en los siguientes casos:

- a) Cuando a la fecha del fallecimiento, el asegurado haya reunido el número y densidad de cotizaciones que se exigen para adquirir el derecho a la pensión de invalidez por riesgo común y,
- b) Cuando el asegurado fallecido estuviere disfrutando o tenga causado el derecho a la pensión de invalidez o de vejez según el presente Reglamento”.

En el **artículo 27** se definieron como beneficiarios de la pensión de sobrevivientes a las siguientes personas:

“ARTÍCULO 27. BENEFICIARIOS DE LA PENSION DE SOBREVIVIENTES POR MUERTE POR RIESGO COMUN. Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes por riesgo común, los siguientes derecho habientes:

1. En forma vitalicia, el cónyuge sobreviviente y, a falta de éste, el compañero o la compañera permanente del asegurado.

Se entiende que falta el cónyuge sobreviviente:

- a) Por muerte real o presunta;
- b) Por nulidad del matrimonio civil o eclesiástico;
- c) Por divorcio del matrimonio civil y,
- d) Por separación legal y definitiva de cuerpos y de bienes.

2. Los hijos legítimos, naturales y adoptivos menores de 18 años, los inválidos de cualquier edad, los incapacitados por razón de sus estudios, siempre que dependan económicamente del asegurado y mientras subsistan las condiciones de minoría de edad, invalidez y los estudiantes aprueben el respectivo período escolar y no cambien o inicien nueva carrera o profesión por razones distintas de salud. La invalidez será calificada por los médicos laborales del Instituto.

3. A falta de cónyuge, compañero o compañera permanente e hijos, tienen derecho en forma vitalicia, los padres del asegurado, incluidos los adoptantes, que dependían económicamente del causante.

4. A falta de cónyuge, compañero o compañera permanente, hijos con derecho o padres, la pensión corresponderá a los hermanos inválidos que dependían económicamente del asegurado y hasta cuando cese la invalidez”. (Subrayado por la Sala).

Y en relación con la cuantía de la prestación, el **artículo 28** dispuso:

¹⁶ “Por el cual se expide el Reglamento General del Seguro Social Obligatorio de Invalidez, Vejez y Muerte”

¹⁷ Acuerdo 049 de 1990, artículo 1º numeral 1º literal b).

“ARTÍCULO 28. CUANTIAS DE LAS PENSIONES DE SOBREVIVIENTES POR RIESGO COMUN.

1. El cónyuge sobreviviente o compañero o compañera permanente del causante, tendrá derecho a recibir en concurrencia con los hijos menores, inválidos de cualquier edad y estudiantes de 18 o más años de edad, el 50% de la pensión, correspondiéndoles a estos beneficiarios el otro 50% que se distribuirá en forma proporcional entre ellos.

2. A falta de hijos con derecho, se sustituirá la totalidad de la pensión, al cónyuge sobreviviente o al compañero o compañera permanente del causante.

3. Si no hubiere cónyuge supérstite o compañero o compañera permanente, la sustitución de la pensión corresponderá íntegramente a los hijos con derecho, por partes iguales.

4. Si no hubiere cónyuge supérstite o compañero o compañera permanente, ni hijos con derecho, la sustitución pensional corresponderá a los padres que dependían económicamente del causante.

5. Si no hubiere cónyuge supérstite, compañero o compañera permanentes o hijos con derecho, ni padres, la sustitución de la pensión corresponderá a los hermanos inválidos que dependían económicamente del causante.

PARÁGRAFO 1o. Cuando por extinción o pérdida del derecho, faltare alguno de los beneficiarios del respectivo orden, la cuota parte de su pensión, acrecerá en forma proporcional a la de los demás.

PARÁGRAFO 2o. Se entenderá que hay dependencia económica cuando el beneficiario no tenga ingresos o éstos sean inferiores al salario mínimo legal”. (Se destaca).

Los requisitos para que el compañero(a) permanente tenga derecho a la pensión, están señalados en el **artículo 29** así:

“ARTÍCULO 29. COMPAÑERO PERMANENTE. Para que el compañero o compañera permanente tenga derecho a la pensión de sobrevivientes, se requerirá, que sea soltero o que siendo casado estuviere separado legal y definitivamente de cuerpos y de bienes, y que haya hecho vida marital con el causante durante los tres (3) años inmediatamente anteriores a su fallecimiento, o con la que haya tenido hijos; si en varias mujeres concurren estas circunstancias sólo tendrán un derecho proporcional las que tuvieron hijos con el asegurado fallecido”.

El **artículo 48** previó la forma de acreditar la calidad de compañero (a) permanente:

“ARTÍCULO 48. PRUEBAS. El estado civil y parentesco del beneficiario se establecerá con los registros notariales o en su defecto con las partidas eclesiásticas.

La separación de cuerpos y de bienes se acreditará con las respectivas sentencias ejecutoriadas o con las escrituras públicas correspondientes.

La calidad de estudiante, así como la aprobación del respectivo período de escolaridad, se establecerá anualmente, mediante certificación auténtica expedida por el respectivo establecimiento docente oficialmente aprobado por el Ministerio de Educación.

El cónyuge sobreviviente que no haya perdido el derecho a la pensión o a la indemnización sustitutiva, deberá acreditar sumariamente que en el momento del deceso del asegurado hacía vida en común con éste o que se encontraba en imposibilidad de hacerlo por haber abandonado aquél el hogar sin justa causa.

La calidad de compañero(a) permanente se acredita con la inscripción efectuada por el afiliado o asegurado fallecido. En caso de que el concubinato se hubiere producido durante la desafiliación del asegurado y éste falleciere, dicha calidad podrá acreditarse con dos declaraciones extrajudiciales rendidas ante una autoridad judicial”. (Subraya fuera de texto).

Sobre el mismo aspecto, el **artículo 4º de la Ley 54 de 28 de diciembre de**

1990¹⁸, modificado por el 2º de la Ley 979 de 2005, estipuló:

“Artículo 4o. La existencia de la unión marital de hecho se establecerá por los medios ordinarios de prueba, consagrados en el Código de Procedimiento Civil y será de conocimiento de los jueces de familia, en primera instancia”.

La jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana ha establecido la siguiente línea en relación con el derecho a la sustitución pensional¹⁹:

- El derecho a la sustitución pensional goza de una naturaleza fundamental, en la medida en que configura un medio de garantía de otros derechos con claro reconocimiento constitucional, pues está contenido dentro de valores tutelables como el derecho a la vida, a la seguridad social, a la salud y al trabajo²⁰.
- La sustitución pensional tiene como finalidad evitar que las personas allegadas al trabajador y beneficiarias del producto de su actividad laboral queden en el desamparo o la desprotección por el simple hecho de su fallecimiento²¹. Se trata de un mecanismo de protección de los familiares del pensionado ante el posible desamparo en que pueden quedar por razón de su muerte, pues al ser beneficiarios de su mesada pensional, dependen económicamente de la misma para su subsistencia.
- El bien jurídico tutelable en el derecho prestacional a una sustitución pensional lo constituye la familia, como núcleo e institución básica de la sociedad (artículos 5º y 42 superiores), que sin importar la forma de su configuración, debe ser amparada íntegramente y sin discriminación alguna. El vínculo constitutivo de la familia – matrimonio o unión marital de hecho – es indiferente para efectos del reconocimiento de este derecho²².
- Todas las prerrogativas, ventajas o prestaciones y también las cargas y responsabilidades que el sistema jurídico establezca a favor de las personas unidas en matrimonio son aplicables, en pie de igualdad, a las que conviven sin necesidad de vínculo formal²³. Así, los derechos a la seguridad social, dentro de los cuales está la pensión de sobrevivientes, comprenden a cónyuges y compañeros permanentes de la misma manera.

¹⁸ *“Por la cual se definen las uniones maritales de hecho y régimen patrimonial entre compañeros permanentes”.*

¹⁹ Los argumentos que a continuación se resumen fueron tomados íntegramente de la sentencia T-1103 de 23 de agosto de 2000, M.P. Álvaro Tafur Galvis.

²⁰ Sentencia T-173 de 1994.

²¹ Sentencia T-190 de 1993.

²² *Ibíd.*

²³ Sentencia T-553 de 1994.

- Cuando se presentan conflictos entre los potenciales titulares del derecho a la pensión de sobrevivientes, se ha establecido legalmente que el factor determinante para dirimir la controversia está dado por el compromiso de apoyo afectivo y de comprensión mutua existente entre la pareja al momento de la muerte del trabajador pensionado.
- La ley acoge un criterio material - convivencia efectiva al momento de la muerte - y no simplemente formal - vínculo matrimonial - en la determinación de la persona legitimada para gozar de la prestación económica producto del trabajo del fallecido²⁴. En consecuencia, el reconocimiento del derecho a la sustitución pensional está sujeto a una comprobación material de la situación afectiva y de convivencia en que vivía el trabajador pensionado fallecido, al momento de su muerte, con respecto de su cónyuge o de su compañera permanente, para efectos de definir acerca de la titularidad de ese derecho.

Tal criterio jurisprudencial ha sido compartido por la Sección Segunda de esta Corporación en diversas sentencias²⁵, en todo caso analizando detalladamente cada situación concreta, según las pruebas existentes en el proceso.

En efecto, en la sentencia de 2 de octubre de 2008, expediente No. 0757-04, con ponencia de quien ahora elabora esta providencia, se advirtió lo siguiente:

“El criterio material de convivencia efectiva, cuya expresión se ubica fundamentalmente en los requisitos exigidos al cónyuge o compañero permanente para acceder a la pensión, es entonces una herramienta legal de protección a la familia bajo el marco constitucional inicialmente esbozado y constituye una garantía de legitimidad y justicia en el otorgamiento de dicha prestación, que busca además favorecer económicamente a aquellos matrimonios o uniones permanentes de hecho que han demostrado un compromiso de vida real con vocación de continuidad o permanencia, como también el amparo del patrimonio del pensionado, en cuanto a posibles maniobras fraudulentas de personas que a partir de la constitución de convivencias de última hora, pretendan obtener el beneficio económico derivado de la transmisión pensional, razón por la cual debe existir en cada caso la comprobación fehaciente de los requisitos consagrados en la Ley para tal efecto”.

3.- Análisis de las pruebas

Los documentos que obran en el expediente permiten a la Sala tener como probados los siguientes hechos:

²⁴ Sentencia T-566 de 1998.

²⁵ Ver, entre otras, las sentencias proferidas en las siguientes fechas: (i) 2 de octubre de 2008, expediente No. 4335-04, C.P. Jesús María Lemos Bustamante; (ii) 8 de julio de 2010, expediente No. 1412-07, C.P. Bertha Lucía Ramírez de Páez.

- El 25 de febrero de 1967 los señores Francisco Hernando Supelano y Clara Marina Perilla Medrano contrajeron matrimonio católico²⁶, el cual fue declarado nulo en primera instancia por el Tribunal Eclesiástico Regional de Bogotá mediante sentencia del 5 de febrero de 1987, confirmada por el Tribunal Superior Eclesiástico de Colombia el 20 de octubre de 1988²⁷. Mediante providencia de 21 de febrero de 1989 la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá ordenó concederle efectos civiles a la sentencia de nulidad de matrimonio católico dictada por el Tribunal Eclesiástico²⁸.

- El 25 de enero de 1975 los señores Yolanda Monsalve Medina y Rubén Darío Reyes Roa contrajeron matrimonio católico²⁹. Mediante sentencia de 24 de junio de 1977 la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga decretó la separación indefinida de cuerpos de los referidos cónyuges³⁰. Adicionalmente, a través de Escritura Pública No. 1247 de 16 de mayo de 1977, de la Notaría Tercera del Círculo de Bucaramanga, los señores Reyes Monsalve disolvieron y liquidaron la sociedad conyugal existente entre ellos³¹.

- El 18 de febrero de 1985, al diligenciar el formulario de aviso de entrada del trabajador al Instituto de Seguros Sociales, el señor Francisco Hernando Supelano Ladrón de Guevara reportó que su estado civil era casado y que su cónyuge era la señora Clara Marina Perilla de Supelano³².

- Francisco Hernando Supelano Ladrón de Guevara falleció el 4 de septiembre de 1990³³.

- Mediante Resolución No. 002628 de 12 de agosto de 1992 el Gerente del ISS Seccional Cundinamarca y D.C. dispuso lo siguiente: (i) Reconocer el derecho a la pensión de jubilación a Francisco Hernando Supelano Ladrón de Guevara; (ii) a su vez transmitirla a sus hijos Andrés Hernando Supelano Perilla (en un 50%, desde el 4 de septiembre de 1990 hasta el 31 de diciembre de 1994) y María Claudia Supelano Perilla (en el 50% restante, desde el 4 de septiembre de 1990 hasta el

²⁶ Folio 136 cuaderno 1.

²⁷ Folio 15 cuaderno 1.

²⁸ Folio 167 cuaderno 1.

²⁹ Folio 146 cuaderno No. 1.

³⁰ Folios 138 – 142 cuaderno No. 1.

³¹ Folios 153 y 154 cuaderno No. 1.

³² Folio 86 cuaderno 1.

³³ Folio 163 cuaderno 1.

31 de diciembre de 1993); (iii) negar la petición formulada por la señora Clara Marina Perilla de Supelano, en su condición de cónyuge supérstite, porque su matrimonio con el causante fue declarado nulo; (iv) negar la petición formulada por la señora Yolanda Monsalve Medina, en su calidad de compañera permanente, porque su vínculo matrimonial por el rito católico no había sido declarado nulo³⁴.

- El recurso de reposición presentado por la señora Yolanda Monsalve Medina contra la decisión anterior se resolvió negativamente a través de la Resolución No. 003950 de 30 de octubre de 1992³⁵.

- El 9 de octubre de 1990 la señora Yolanda Monsalve Medina había cursado otra solicitud de pensión de sobrevivientes por la muerte de Francisco Hernando Supelano Ladrón de Guevara, reportando como su dirección la calle 92 No. 21 – 56 apartamento 401 del Barrio Chicó en Bogotá³⁶.

- Esta solicitud fue resuelta negativamente por el Presidente de la Comisión de Prestaciones Económicas del ISS mediante Resolución No. 06476 de 5 de junio de 1992, argumentando la prohibición de recibir más de una asignación del tesoro público (artículo 128 de la Constitución) y la incompatibilidad de las pensiones que cubre el ISS con las demás asignaciones del sector público (artículo 49 Acuerdo 049 de 1990)³⁷.

- Contra esta decisión la actora interpuso los recursos de reposición y apelación en subsidio³⁸.

- El primero de ellos fue resuelto por el Jefe de la División de Seguros Económicos del ISS con la Resolución No. 000623 de 25 de enero de 1994, confirmando la decisión inicial. Para el efecto, reiteró la prohibición y la incompatibilidad y agregó argumentos relacionados con la no inscripción ante el ISS de Yolanda Monsalve como compañera permanente y el incumplimiento del requisito de los tres años de convivencia³⁹.

³⁴ Folios 97 – 103 cuaderno 1.

³⁵ Folios 94 – 96 cuaderno 1.

³⁶ Folio 169 cuaderno 1. La fecha de presentación de la solicitud fue precisada por la actora en el numeral 1º del escrito que contiene los recursos de reposición y apelación contra la Resolución No. 06476 de 5 de junio de 1992 (ver folio 4 cuaderno 1).

³⁷ Folio 2 cuaderno 1.

³⁸ Folios 4 y 5 cuaderno 1.

³⁹ Folios 6 – 9 cuaderno 1.

- La apelación fue resuelta por el Gerente de Pensiones de los Seguros Sociales Seccional Cundinamarca y Distrito Capital a través de Resolución No. 000633 de 23 de agosto de 1996. En este acto se aclara el nombre y la fecha de la muerte de Francisco Hernando Supelano Ladrón de Guevara y se exponen los motivos para negar la pensión (no haber sido inscrita como compañera permanente y no acreditar el periodo mínimo de convivencia)⁴⁰.

- El 8 de octubre de 1992 la demandante reportó al ISS como su nueva dirección la carrera 11 A No. 119 – 11 apartamento 103 en Bogotá⁴¹.

- Mediante Resolución No. 0385 de 4 de marzo de 1993 se aceptó la renuncia presentada por Yolanda Monsalve Medina al cargo de Jefe de Sección Financiera de la UPZ 13 Norte, clase I, grado 28, del ISS Seccional Cundinamarca y D.C., a partir del 12 de marzo de ese mismo año⁴².

- El 13 de noviembre de 1990 las señoras María Ruth Pulido Rojas y Vilma Luz América Amado Rodríguez rindieron declaraciones extraproceso ante el Notario 38 del Círculo de Bogotá, manifestando que conocían a Yolanda Monsalve Medina y que les consta que vivió en unión libre durante tres años con Francisco Hernando Supelano Ladrón de Guevara, hasta el día en que éste falleció⁴³.

- Tales declaraciones fueron ratificadas ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en audiencia celebrada el 18 de septiembre de 1998⁴⁴.

En esa diligencia la señora Vilma Luz América Amado Rodríguez, hizo las siguientes afirmaciones:

“PREGUNTADA: Diga si conoce a YOLANDA MONSALVE MEDINA, en caso afirmativo cuánto hace y por qué la conoció. CONTESTÓ: Si la conozco somos egresadas de la misma universidad y nos recontramos (sic) en el seguro social, prestando servicios en la Unidad Programática (sic) Zonal Norte en donde ella laboró como Jefe de la Sección Financiera cuando yo me desempeñaba como Jefe de la División Administrativa posteriormente laboramos en la clínica San Pedro Claver en las misma cargos (sic) adicionalmente a través de esa relación tuvimos oportunidad de establecer vínculos de amistad tanto con ella como de (sic) su familia los cuales se mantienen hasta la fecha. ... PREGUNTADO: Manifieste al despacho, si conoció la relación existente entre la demandante y el señor SUPELANO, en caso afirmativo describa brevemente dicha relación. CONTESTÓ: A raíz de la relación laboral que mencioné anteriormente, tuve la oportunidad como amiga de ambos de compartir inicialmente una relación de amistad la

⁴⁰ Folios 10 – 12 cuaderno 1.

⁴¹ Folio 107 cuaderno 1.

⁴² Folio 90 cuaderno 1.

⁴³ Folios 151 y 152 cuaderno 1.

⁴⁴ Folios 182-185 cuaderno 1.

cual con el paso del tiempo se consolidó entre ellos llegado (sic) hasta la convivencia, aspecto sobre el cual tuve conocimiento aproximadamente desde mediados del año 87 hasta la fecha de su fallecimiento ocurrido en el año 1990; ellos vivieron en un apartamento situado en la soledad frente al PARK WAY allí los visitamos en varias oportunidades, me festejaron mi despedida de soltera, y compartimos varios momentos con ellos”.

Por su parte, la señora María Ruth Pulido Rojas dijo:

“PREGUNTADO: Diga si conoce a YOLANDA MONSALVE MEDINA en caso afirmativo (sic) cuánto hace y por qué la conoció. CONTESTÓ: Si la conozco alrededor de 15 años, ella siendo amiga de VILMA LUZ AMADO que es la esposa de mi hermano, a raíz de esa relación he tenido oportunidad de ser amiga de ella, además de que he trabajado con ella, fue Jefe mía. PREGUNTADO: Conoce usted a FRANCISCO HERNANDO SUPELANO LADRÓN DE GUEVARA, en caso afirmativo cuánto hace. CONTESTÓ: Sí lo conocí, porque él era el Jefe de Radiología de la Clínica San Pedro Claver y yo iba a esa clínica, porque allí trabajaba mi cuñada Vilma Luz y la Dra. Yolanda Monsalve. PREGUNTADO: Pudo darse cuenta si fuera de la relación laboral, existió alguna relación entre el Dr. HERNANDO SUPELANO y la Dra. YOLANDA MONSALVE, en caso afirmativo qué puede contar al respecto. CONTESTÓ: Tuve la oportunidad de conocerlo como amigos y más adelante conocí el noviazgo de ellos hasta cuando decidieron vivir como pareja, más o menos eso fue como en el 87, hasta cuando él falleció como en el 90. Ellos vivían en la soledad yo conocí el apartamento, y yo frecuenté bastante ese apartamento”.

4.- Análisis de los cargos

4.1.- Del cargo de desviación de poder

En la demanda se afirma que los actos acusados están afectados de desviación de poder, por cuanto en este caso se vulneró el derecho de contradicción y de defensa de la demandante, toda vez que en las resoluciones que resolvieron los recursos de reposición y apelación se introdujeron hechos y razones nuevas para negar el derecho a la pensión de sobrevivientes, respecto de los cuales la señora Monsalve Medina no tuvo oportunidad de pronunciarse.

Lo primero que ha de advertirse es que, de acuerdo con la argumentación esbozada, la causal de anulación que supuestamente afecta los actos acusados no sería la desviación de poder, relacionada con los fines de la decisión administrativa, sino el desconocimiento del derecho de audiencias y defensa, señalada de manera específica en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo.

Ahora bien, a partir de la relación probatoria que acaba de efectuarse, es claro que al resolver los recursos de reposición y apelación se introdujeron argumentos nuevos para negar la petición formulada por la demandante.

En efecto, en la Resolución No. 06476 de 5 de junio de 1992⁴⁵ se negó a la actora el derecho a la pensión de sobrevivientes por la muerte del señor Francisco Hernando Supelano Ladrón de Guevara, argumentando la prohibición de recibir más de una asignación del tesoro público (artículo 128 de la Constitución) y la incompatibilidad de las pensiones que cubre el ISS con las demás asignaciones del sector público (artículo 49 Acuerdo 049 de 1990), considerando que aquella desempeñaba el cargo de Jefe de Sección Financiera de la UPZ 13 Norte, clase I, grado 28, del ISS Seccional Cundinamarca y D.C.

Al resolver el recurso de reposición, mediante Resolución No. 000623 de 25 de enero de 1994, se reiteró la prohibición y la incompatibilidad señaladas, pero además se expusieron argumentos adicionales relacionados con la no inscripción ante el ISS de Yolanda Monsalve Medina como compañera permanente y el incumplimiento del requisito de los tres años de convivencia⁴⁶.

Al desatar la apelación a través de la Resolución No. 000633 de 23 de agosto de 1996, se aclaró el nombre y la fecha de la muerte de Francisco Hernando Supelano Ladrón de Guevara y se expuso que los motivos para negar la pensión a la demandante eran no haber sido inscrita como compañera permanente y no acreditar el periodo mínimo de convivencia⁴⁷.

El artículo 50 del Código Contencioso Administrativo señala que contra los actos que pongan fin a las actuaciones administrativas proceden, entre otros, los recursos de reposición y apelación, con el propósito que el mismo funcionario que adoptó la decisión o su inmediato superior administrativo la aclaren, modifiquen o revoquen.

Acerca del alcance de tales posibilidades la doctrina ha precisado lo siguiente:

“El recurso de reposición es la vía procesal a través de la cual se llega directamente ante el funcionario que tomó la decisión administrativa con el fin de que la aclare (explique o despeje puntos dudosos), modifique (retome el contenido del acto sustituyéndolo en parte) o revoque (deje totalmente sin efectos la decisión reemplazándola o derogándola), a través de escrito presentado en la diligencia de notificación personal”⁴⁸. (Se destaca).

⁴⁵ Folio 2 cuaderno 1.

⁴⁶ Folios 6 – 9 cuaderno 1.

⁴⁷ Folios 10 – 12 cuaderno 1.

⁴⁸ Jaime Orlando Santofimio Gamboa, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo II, 4ª edición. Universidad Externado de Colombia, página 287.

En este contexto fluye evidente que en el caso objeto de examen, vía recursos de reposición y apelación, la administración decidió modificar las motivaciones expuestas en el acto que puso fin a la actuación administrativa para negar el derecho jubilatorio, a fin de ahondar en razones que permitieran afirmar que la señora Yolanda Monsalve Medina no reunía los requisitos para ser beneficiaria de la prestación que reclamaba.

Así, la administración simplemente hizo uso de las potestades establecidas en la ley para el trámite de los recursos de la vía gubernativa. Negarle dicha posibilidad, como lo plantea la parte actora, conllevaría a petrificar su actividad y a limitar injustificadamente su carga argumentativa para negar o acceder a un derecho.

Una razón adicional para sostener la no vulneración de los derechos al debido proceso y a la defensa de la demandante en sede administrativa, se encuentra en el inciso segundo del artículo 59 del Código Contencioso Administrativo, que en cuanto al contenido de la decisión en la vía gubernativa estipula lo siguiente:

"La decisión resolverá todas las cuestiones que hayan sido planteadas y las que aparezcan con motivo del recurso, aunque no lo hayan sido antes". (Se subraya).

A partir de lo anterior la Sala declara la no prosperidad del cargo que la parte actora denominó como desviación de poder, pero cuya argumentación se relaciona con el desconocimiento del derecho de audiencias y defensa.

4.2.- Del cargo de violación de la ley

De otra parte, el apoderado de la actora también sostuvo que en este caso se vulneró la ley, por cuanto (i) la administración desconoció por completo las normas relativas al reconocimiento del estado civil y los efectos generados con la declaratoria de nulidad del matrimonio del señor Francisco Hernando Supelano Ladrón de Guevara, que aunque data de 1989, ha de entenderse como si el vínculo jamás hubiese existido; y (ii) porque la convivencia que existió entre la actora y el causante cumple todos los requisitos señalados en el artículo 29 del Decreto 758 de 1990, por lo que no existían razones para negar la solicitud formulada.

Como quedó visto, el artículo 29 del Acuerdo 49 de 1990 establece los siguientes requisitos para que el compañero(a) permanente tenga derecho a la pensión de sobrevivientes:

- a).- Que sea soltero
- b).- O que siendo casado, estuviere separado legal y definitivamente de cuerpos y de bienes
- c).- Y que haya hecho vida marital con el causante durante los tres (3) años inmediatamente anteriores a su fallecimiento
- d).- O que haya tenido hijos con el causante.

La actora cumple el requisito señalado en el literal b), por cuanto mediante sentencia de 24 de junio de 1977 la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga decretó la separación indefinida de cuerpos entre ella y su cónyuge Rubén Darío Reyes Roa⁴⁹, y mediante escritura pública No. 1247 de 16 de mayo de 1977, de la Notaría Tercera del Círculo de Bucaramanga, disolvieron y liquidaron la sociedad conyugal existente entre ellos⁵⁰.

No ocurre lo mismo con el requisito listado en el literal c). En efecto, para acreditar la convivencia efectiva con el causante durante los tres años anteriores a su muerte, la parte actora tan solo aportó las declaraciones extra proceso de las señoras María Ruth Pulido Rojas y Vilma Luz América Amado Rodríguez⁵¹, que posteriormente fueron ratificadas ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca⁵².

Las declarantes coinciden en afirmar que Yolanda Monsalve Medina vivió en unión libre durante tres años con Francisco Hernando Supelano Ladrón de Guevara, convivencia que se efectuó aproximadamente desde mediados del año 1987 hasta la fecha del fallecimiento de éste, ocurrido el 4 de septiembre de 1990, en un apartamento situado en el Barrio La Soledad de Bogotá, frente al PARK WAY.

Sin embargo, en el expediente obran otras pruebas que le restan credibilidad al

⁴⁹ Folios 138 – 142 cuaderno No. 1.

⁵⁰ Folios 153 y 154 cuaderno No. 1.

⁵¹ Folios 151 y 152 cuaderno 1.

⁵² Folios 182 – 185 cuaderno 1.

dicho de las testigos, veamos:

Al cursar la solicitud de pensión de sobrevivientes ante el ISS el 9 de octubre de 1990, transcurrido tan solo un mes y cinco días desde el fallecimiento del señor Francisco Hernando Supelano Ladrón de Guevara, la señora Yolanda Monsalve Medina reportó como su dirección la calle 92 No. 21 – 56 apartamento 401 del Barrio Chicó en Bogotá⁵³, lugar que no coincide con el que las declarantes señalaron como sitio de residencia de la pareja Supelano Monsalve (Barrio La Soledad de Bogotá).

La demandante acostumbraba a reportar los cambios de su residencia ante el ISS, puesto que también se demostró que el 8 de octubre de 1992 refirió como su nueva dirección la carrera 11 A No. 119 – 11 apartamento 103 de Bogotá⁵⁴.

Estas inconsistencias en el dicho de las declarantes habían podido soslayarse con elementos probatorios adicionales que revistieran de credibilidad sus afirmaciones, como fotografías, cartas, el contrato de arrendamiento o la escritura de compra venta del apartamento del Barrio La Soledad, las facturas que acreditaran que la actora asumió los gastos fúnebres del causante, etc., tal como lo señaló el *a quo*.

Para la Sala no resulta sostenible la tesis expuesta por el apoderado de la demandante en el recurso de apelación, en el sentido que esos elementos de prueba adicionales no demuestran la convivencia durante los tres años exigidos por la ley, aunque la señora Yolanda Monsalve Medina los pueda tener en su poder; pues tal postura riñe con el principio de lealtad procesal y con la carga probatoria que de manera expresa le impone el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil⁵⁵, aplicable a este asunto en virtud de la remisión del 267 del Código Contencioso Administrativo.

Si la parte actora quería sacar adelante sus pretensiones, tenía que desplegar todos

⁵³ Folios 4 y 169 cuaderno 1.

⁵⁴ Folio 107 cuaderno 1.

⁵⁵ **“Artículo 177.- Carga de la prueba. Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen. Los hechos notorios y las afirmaciones o negaciones indefinidas no requieren prueba”.** (Destaca la Sala).

sus esfuerzos y allegar todos los documentos que tuviera en su poder, para reforzar el dicho de las testigos y brindar al juez la certeza suficiente acerca de la convivencia efectiva entre Francisco Hernando Supelano Ladrón de Guevara y Yolanda Monsalve Medina durante los tres años previos a la muerte de aquél; como no lo hizo, la decisión que se impone es negar las súplicas de la demanda por defecto e incongruencia probatoria, como acertadamente lo resolvió el Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

En este punto la Sala advierte que el mínimo probatorio exigido por el artículo 48 del Acuerdo 049 de 1990, en el sentido que la calidad de compañero permanente se acredita con la inscripción efectuada ante el ISS por el afiliado o asegurado fallecido o, en su defecto, con dos declaraciones extrajuicio rendidas ante una autoridad judicial, no se compadece con los principios procesales de libertad probatoria y de libre apreciación del Juez.

En efecto, al señalar esos dos únicos medios de prueba para acreditar la calidad de compañero permanente, el citado acto administrativo riñe con lo que sobre el mismo aspecto refirió el artículo 4º de la Ley 54 de 1990, en cuanto a que la existencia de la unión marital de hecho puede establecerse por los medios ordinarios de prueba consagrados en el Código de Procedimiento Civil.

Por tales razones se reitera que, en este caso, los dos testimonios recaudados resultaron demasiado insustanciales y precarios para crear la certeza del hecho que daría lugar al reconocimiento pensional, vale decir, la convivencia efectiva de la demandante con el *de cujus* durante los tres años anteriores a su muerte; lo que imponía la presencia de elementos de prueba adicionales, que jamás fueron aportados.

En estas condiciones, la sentencia objeto de apelación amerita ser confirmada.

En mérito de lo expuesto el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley

VI. FALLA

1.- CONFÍRMASE la sentencia del 27 de octubre de 2011, proferida por la Sección Segunda – Subsección “D” del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, que negó las pretensiones de la demanda dentro del proceso de la referencia.

2.- Devuélvase el expediente al Tribunal de origen para lo de su competencia.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

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

GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN ALFONSO VARGAS RINCÓN

LUÍS RAFAEL VERGARA QUINTERO