REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ
SALA DE DECISIÓN No. 4

MAGISTRADO PONENTE: JOSÉ ASCENCIÓN FERNÁNDEZ OSORIO

Tunja, 10 OCT. 2017

DEMANDANTE:	MARÍA RESURRECCIÓN GUERRERO BARRETO y otros
DEMANDADO:	ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES-
REFERENCIA:	150013333009-**2015-00161**-01
MEDIO DE CONTROL:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
TEMA:	PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES
ASUNTO:	**SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA**

Conoce la Sala del recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandada (fls. 123-126) contra la Sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Noveno Administrativo Oral de Tunja, el diez (10) de mayo de dos mil dieciséis (2016), mediante la cual, se accedió a las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

1.1. DEMANDA (fl. 6-16)

1.1.1. Declaraciones y Condenas (fls. 6-7)

La señora MARÍA RESURRECCIÓN GUERRERO BARRETO, a través de apoderado judicial, actuando en nombre propio y en representación de sus hijos CEILA ADRIANA AYALA GUERRERO Y JORGE ENRIQUE AYALA GUERRERO, y en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho solicitó se declare la nulidad de la Resolución No. 053017 *(sic)* de 9 de noviembre de 2009 y la Resolución No. 006704 de 24 de febrero de 2011, actos administrativos por los cuales les fue negado el reconocimiento de una pensión de sobrevivientes.

A título de restablecimiento del derecho, la apoderada judicial de los demandantes pidió se ordene a la entidad demandada reconocer una pensión de sobrevivientes de conformidad con lo dispuesto en la Ley 100 de 1993 y Ley 797 de 2003, a favor de la señora MARÍA RESURRECCIÓN GUERRERO BARRETO en su calidad de cónyuge sobrevivientes y a favor

de sus hijos inválidos CELIA ADRIANA Y JORGE ENRIQUE AYALA GUERRERO, efectiva a partir del 24 de enero de 1994.

Así mismo solicitó, que se condene a la Entidad demandada a indexar las sumas adeudadas desde el momento en que debió hacerse el pago y hasta cuando se verifique el pago, al reconocimiento del pago de los intereses moratorios conforme lo establecido en el artículo 192 de la Ley 1437 de 2011 y al pago de las costas procesales.

1.1.2. Fundamentos Fácticos (fls. 7-8)

Se refiere en la demanda, que la señora MARÍA RESURRECCIÓN GUERRERO BARRETO contrajo matrimonio con el señor SALVADOR AYAYA AYALA (Q.E.P.D.) el día 24 de junio de 1967, unión en la cual procrearon 5 hijos, entre ellos CEILA ADRIANA Y JORGE ENRIQUE, los cuales tienen una pérdida de capacidad laboral del 52.65% y 53.35% respectivamente.

Se indicó que el 24 de enero de 1994, el señor SALVADOR AYAYA AYALA falleció, razón por la cual la señora MARÍA RESURRECCIÓN GUERRERO BARRETO, el 17 de septiembre de 2008, solicitó al entonces Instituto de Seguro Social –actualmente COLPENSIONES- el reconocimiento de una pensión de sobrevivientes; petición que fue denegada mediante Resolución No. 053017 (sic) de 9 de noviembre de 2009 bajo el argumento de que el causante no cumplía con el requisito de tiempo exigido en el artículo 46 de la Ley 100 de 1993, a pesar de que, afirmó la demandante, el señor SALVADOR AYAYA AYALA había realizado cotizaciones por periodo de 3921 días, de los cuales 1920 fueron al Instituto de Seguro Social. Asimismo, la entidad denegó el reconocimiento de una indemnización sustitutiva por configurarse la prescripción del derecho, según lo previsto por el artículo 50 del Acuerdo 049 de 1990.

Posteriormente, el 11 de noviembre de 2010, la parte actora formuló ante el Instituto de Seguro Social una nueva petición para el reconocimiento del derecho pensional, la cual fue negada mediante Resolución No. 006704 de 24 de febrero de 2011, argumentando que el causante no acreditaba la cotización de 300 semanas en cualquier época y tampoco 150 semanas en los seis años anteriores a su fallecimiento.

Al respecto adujo el demandante que el señor SALVADOR AYALA AYALA efectúo cotizaciones a pensión durante los siguientes periodos: (i) del 17 de junio de 1969 al 6 de enero de 1983 por un total de 1920 días al Instituto de Seguro Social, (ii) del 1 de marzo de 1983 al 1 de agosto de 1984, por un total de 540 días a la Caja de Previsión y (iii) del 14 de enero de 1988 al

30 de diciembre de 1992, por un total de 1787 días; señalando el demandante que además debía tenerse en cuenta el tiempo de servicio militar obligatorio prestado por el causante equivalente a 82.75 semanas, resultando como tiempo cotizado 12 años correspondiente a 696.2 semanas, cumpliéndose así los requisitos para acceder a una pensión de sobrevivientes.

Finalmente señaló, que los demandantes gozan de especial protección del Estado por cuanto la señora MARÍA RESURRECCIÓN GUERRERO BARRETO al momento de presentación de la demanda tenía 70 años, quien además cuida a sus dos hijos JORGE ENRIQUE y CELIA ADRIANA AYALA GUERRERO, quienes tienen limitación física y una pérdida de capacidad laboral del 53.3% y 52.65% respectivamente.

1.1.3. Normas Violadas

El apoderado de la parte actora, señaló que los actos administrativos demandados, vulneraron los siguientes preceptos legales:

Constitucionales: 1, 2, 4, 6, 13, 25, 29, 53 y 58 de la Constitución Política.

Legales: artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993.

Refirió que la entidad demandada desconoce las normas de la Ley 100 de 1993 que regulan el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, toda vez que no tuvo en cuenta que el señor SALVADOR AYALA AYALA cotizó por más de 600 semanas a pensión por prestación de sus servicios al Estado, lo que determina que los demandantes tienen derecho a una pensión de sobrevivientes bajo el amparo de dicha norma

Citó el contenido de los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993, reiterando que el causante cumplía con los requisitos allí establecidos, razón por la cual es viable el reconocimiento del derecho pensional deprecado.

1.2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

- **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES- (Fl. 74- 81)**

Dentro de la oportunidad concedida para el efecto, el apoderado judicial de la entidad demandada, contestó la demanda, oponiéndose a la totalidad de las pretensiones invocadas por la parte actora.

Indicó que no era procedente declarar la nulidad de los actos administrativos demandados en consideración a que la señora MARIA RESURRECCION GUERRERO no acreditó la convivencia y dependencia económica con el causante en los últimos dos años de vida del señor SALVADOR AYALA AYALA, así como sus hijos tampoco demostraron la dependencia económica necesaria para acceder a la pensión de sobrevivientes conforme lo exige el artículo 47 de la Ley 100 de 1993 – modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003-.

Señaló que a partir de la historia laboral del causante se podía determinar que éste no contaba con 26 semanas de cotización del último año anterior a su fallecimiento, conforme lo prevé el artículo 46 de la Ley 100 de 1993 – modificado por la Ley 797 de 2003- apuntando que la última cotización realizada por el señor SALVADOR AYALA se realizó el 30 de diciembre de 1992, produciéndose su deceso el 24 de enero de 1994.

Propuso como excepción previa la denominada *"Falta de jurisdicción y/o competencia art. 97 C.P.C. numeral 1 y 2"* argumentando de un lado que la parte actora no agotó debidamente la vía administrativa para poder demandar los actos acusados ni interpuso los recursos administrativos necesarios para poder presentar demanda contenciosa y de otra parte, indicó que a partir de los documentos obrantes en el proceso no era posible determinar si el causante era un servidor público o trabajador oficial, evento éste último que determinaría la competencia en cabeza del Juez laboral y no administrativo.

Como excepciones de mérito formuló las siguientes: (i) *"Inexistencia del derecho y de la obligación"* sustentando que los demandantes no cumplen con los requisitos señalados en los artículo 46 y 47 de la Ley 100 de 1993 referidos a las semanas de cotización durante el año inmediatamente anterior al fallecimiento del causante y la demostración de la convivencia permanente y dependencia económica, (ii) *"Cobro de lo no debido"* reiterando la argumentación expuesta en la excepción anterior (iii) *"Imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas"* indicando que no es viable reconocer derechos y prerrogativas por mera liberalidad, (iv) *"Improcedencia de intereses moratorios"* en consideración a que no es viable reconocer derecho alguno, (v) *"improcedencia del cobro de intereses de indexación"* señalando que los interés moratorios y los de indexación tienen las misma finalidad siendo improcedentes en el presente asunto, (vi) *"buena fe"* refiriendo que la entidad demandada ha cumplido fielmente lo establecido por la ley, (vii) "prescripción" conforme lo estable el artículo 102 del Decreto 1848 de 1959 y, (viii) "innominada o genérica".

1.3. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

El Juzgado Noveno Administrativo Oral de Tunja, en audiencia de diez (10) de mayo de dos mil dieciséis (2016) profirió la siguiente sentencia (fls. 112-119):

> ***"PRIMERO.-*** *Se declara parcialmente probada la excepción de prescripción frente a las mesadas anteriores al 10 de septiembre de 2012, conforme lo establecido en la parte motiva de esta sentencia.*
>
> ***SEGUNDO.-*** *Se declara la nulidad de las Resoluciones No. 053117 de 09 de noviembre de 2009 y Resolución No. 006704 de 24 de febrero de 2011, mediante las cuales se niega el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes a favor de la señora MARÍA RESURRECCIÓN GUERRERO BARRETO y sus hijos en condición de pérdida de capacidad laboral JORGE ENRIQUE y CEILA ADRIANA AYALA GUERRERO, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.*
>
> ***TERCERO.-*** *Como consecuencia de las anteriores declaraciones y a título de restablecimiento del derecho, ordenase a la Administradora Colombiana de Pensiones –COLPENSIONES- que proceda a reconocer la pensión de sobrevivientes a favor de la señora MARÍA RESURRECCIÓN GUERRERO BARRETO, identificada con C.C. No. 23.851419 (sic), en su condición de cónyuge sobreviviente del señor SALVADOR AYALA AYALA, en un porcentaje del 50% y a favor de CEAILA ADRIANA AYALA GUERRERO, identificada con C.C. 23.583.031 y JORGE ENRIQUE AYALA GUERRERO identificado con C.C. No. 4.119.772, en su condición de hijos del señor SALVADOR AYALA AYALA, el restante 50% en los términos del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 de 1990, a partir del 29 de enero de 1994, fecha de la muerte del causante, aplicando los reajustes de ley y pague la misma con efectos fiscales a partir del 10 de septiembre de 2012, dado en fenómeno prescriptivo, conforme la parte motiva de esta providencia*
>
> ***CUARTO.-*** *Condenar a la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES- a pagar la indexación de las sumas adeudadas, conforme a lo dispuesto en el artículo 192 incisos 2 y 3 de la Ley 1437 de 2011, para lo cual se tendrá en cuenta la fórmula matemática acogida por el Consejo de Estado:*
>
> *(...)"*

Señaló el a *quo*, conforme a la jurisprudencia de la Corte Constitucional, que la pensión de sobrevivientes se configura como un derecho dirigido a proteger el núcleo familiar del pensionado o afiliado para evitar que, como consecuencia de su fallecimiento, su familia quede es situación de desprotección. Con relación a las normas que regulan el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, resaltó que deben aplicarse las que se

encontraran vigentes al momento del fallecimiento del causante, en línea con lo establecido por el Consejo de Estado.

En éste sentido encontró probado que el señor SALVADOR AYALA AYALA falleció el 24 de enero de 1994, deduciendo que la norma aplicable para el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes era la contemplada en el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1990, al ser la disposición vigente al momento del fallecimiento del causante, no siendo acertado considerar la aplicación de la Ley 100 de 1993, la cual entró en vigencia el 1 de abril de 1994.

Precisado lo anterior indicó, que conforme a los artículos 6 y 25 del Acuerdo 049 de 1990, para acceder a la pensión de sobrevivientes se exigía que el causante hubiera reunido el mismo número de cotizaciones para acceder a la pensión de invalidez, esto es, haber cotizado 150 semanas dentro de los 6 años anteriores al estado de invalidez o 300 semanas en cualquier época y, en cuanto a los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, reseñó que la citada norma en su artículo 27 contemplaba que tenían tal calidad el cónyuge sobreviviente, en forma vitalicia y los hijos inválidos de cualquier edad, evento en el cual el reconocimiento del derecho pensional debía distribuirse en un 50% para la primera y en forma proporcional para los segundos.

Descendiendo al estudio del caso, y examinando la motivación de la Resolución No. 006704 de 24 de febrero de 2011, por la cual la entidad demandada negó el derecho pensional bajo el supuesto que el causante no acreditó el número de semanas cotizadas exigidas por el Acuerdo 049 de 1990, precisando que sólo resultaban válidas las semanas cotizadas exclusivamente al Seguro Social. El *a quo* al respecto consideró que las razones expuestas carecían de fundamento, pues de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Constitucional en sentencia T-938 de 1990, sí era viable la acumulación de tiempos cotizados en pensiones en entidades distintas al Seguro Social.

En ésta línea, el Juez de instancia consideró que era viable acceder a las pretensiones de la demanda, pues las pruebas aportadas al expediente demostraban que el señor SALVADOR AYALA AYALA realizó aportes en pensiones tanto a la Caja de Previsión Social de Boyacá como directamente al Instituto de Seguros Sociales, cotizaciones que eran acumulables a la luz de la jurisprudencia constitucional y que sumaban en su totalidad 551 semanas, cumpliéndose así con el requisito de haber realizado aportes durante 300 semanas en cualquier tiempo, siendo tanto viable que los demandantes accedieran a la pensión de sobrevivientes

conforme a lo establecido en el artículo 27 del Decreto 758 de 1990 y en las proporciones establecidas en el artículo 28 *ibídem*.

Finalmente, precisó que había lugar a declarar probada la excepción de prescripción trienal fijada en el artículo 102 del Decreto 1848 de 1969, teniendo en cuenta la fecha de presentación de la demanda -10 de septiembre de 2015- estando por tanto prescritas las mesadas pensionales anteriores al 10 de septiembre de 2012.

1.4. FUNDAMENTOS DE LA APELACIÓN.

Inconforme con la decisión de primera instancia, la entidad demandada presentó recurso de apelación (fl. 123-126) argumentando que no resulta viable el reconocimiento de una pensión de sobrevivientes a favor de la señora MARÍA RESURRECCIÓN GUERRERO BARRETO toda vez que no acreditó que al momento del deceso del causante hacía vida en común con éste o que se encontraba en imposibilidad de hacerlo por haber abandonado áquel el hogar sin justa causa, conforme lo exigía el artículo 48 del Acuerdo 049 de 1990.

Teniendo en cuenta lo anterior precisó que si bien en el expediente obraba copia del registro civil de matrimonio entre el causante y la demandante, éste documento no configura una prueba suficiente que demuestre el requisito de convivencia anotado, precisando a su vez que las declaraciones extraproceso que fueron aportadas con la demanda no pueden ser tenidas como prueba al no haber sido ratificadas dentro del proceso, en virtud de lo establecido por el artículo 229 del C. de P.C. y la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, omisión que impide acceder a las pretensiones incoadas e impide que la entidad haya podido ejercer debidamente su derecho de contradicción.

2. TRÁMITE DE SEGUNDA INSTANCIA.

El anterior recurso fue concedido en audiencia de conciliación de fecha diez (10) de junio de dos mil dieciséis (2016), por el Juzgado Noveno Administrativo Oral de Tunja (fl. 131) y admitido por esta Corporación mediante providencia de fecha veintiuno (21) de julio de dos mil dieciséis (2016) (fl. 136), ordenándose correr traslado a las partes para alegar de conclusión mediante providencia de once (11) de agosto de dos mil dieciséis (2016), termino dentro del cual no hubo pronunciamiento alguno.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Transcurrido en legal forma el trámite de segunda instancia, se establece que no existe causal de nulidad que invalide lo actuado, por lo que se ocupa la Sala de desatar el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida el 10 de mayo de 2016, por el Juzgado Noveno Administrativo Oral del Circuito de Tunja.

1. MARCO JURÍDICO DEL RECURSO DE APELACIÓN.

Previo a resolver el objeto de la controversia, resulta necesario precisar los límites a los cuales se ve compelido el *ad-quem* en lo que respecta a la apelación. Para el efecto, conviene señalar que el *a quo* en la sentencia desata una controversia inicial delimitada por la demanda, la contestación a la misma y las pruebas recaudadas en el trámite procesal. Dicho debate concluye con una providencia que tiene la virtud de poner fin a la diferencia y que se fundamenta en razones de hecho y de derecho derivadas de lo probado en el plenario y de la aplicación concreta del ordenamiento jurídico al caso debatido.

Así las cosas, a través del recurso de apelación se ejerce el derecho de impugnación contra una decisión judicial determinada; por lo que le corresponde al recurrente confrontar los argumentos que el juez de primera instancia consideró para tomar su decisión, a efectos de solicitarle al juez de superior jerarquía funcional que decida sobre los puntos o asuntos que se cuestionan ante la segunda instancia. Lo anterior de conformidad con lo establecido en el artículo 320 del C.G.P., que consagra:

> ***"Artículo 320. Fines de la apelación.***
> *El recurso de apelación tiene por objeto que el superior examine la cuestión decidida,* ***únicamente en relación con los reparos concretos formulados por el apelante,*** *para que el superior revoque o reforme la decisión.*
> *(...)"*

En este orden de ideas, resulta claro que para el juez de segunda instancia, su marco de competencia lo constituyen las referencias conceptuales y argumentativas que se aducen y esgrimen en contra de la decisión que adoptada en primera instancia, por lo cual, en principio, los demás aspectos, diversos a los planteados por el recurrente se excluyen del debate en la instancia superior, toda vez que operan tanto el principio de congruencia de la sentencia, como el principio dispositivo, razón por la cual la jurisprudencia ha sostenido que *"las pretensiones del*

recurrente y su voluntad de interponer el recurso, condicionan la competencia del juez que conoce del mismo. Lo que el procesado estime lesivo de sus derechos, constituye el ámbito exclusivo sobre el cual debe resolver el ad quem: 'tantum devolutum quantum appellatum'"[1].

Otra de las limitaciones relevantes a las cuales se encuentra materialmente sujeta la competencia del juez *ad quem*, para efectos de proferir el fallo respectivo con el cual ha de desatarse la apelación interpuesta contra una sentencia, la constituye la garantía de la *no reformatio in pejus*, por virtud de la cual no es válidamente posible que, con su decisión, el juez de la segunda instancia agrave, empeore o desmejore la situación que en relación con el litigio correspondiente le hubiere sido definida al apelante único mediante la sentencia de primera instancia.

2. PROBLEMA JURÍDICO

Atendiendo a los argumentos de apelación expuestos por la entidad demandada encuentra la Sala que el problema jurídico a resolver se ciñe a determinar si la declaración extrajuicio allegada al proceso, acredita el requisito de convivencia de la señora MARÍA RESURRECCIÓN GUERRERO BARRETO al momento del fallecimiento de su cónyuge, conforme lo exige el artículo 48 del Decreto 049 de 1990, haciendo viable el reconocimiento de una pensión de sobrevivientes a su favor.

Tesis de la Sala

> *El recurso de apelación propuesto por la parte demandada no tiene vocación de prosperidad habida cuenta que contrario a lo expuesto, el certificado extrajudicial que manifiesta la convivencia de la demandante con el causante esta probatoriamente habilitado para tenerlo en cuenta conforme con las disposiciones del CGP y la jurisprudencia aplicable al caso; por ende, es viable determinar que se cumple con los requisitos para ser beneficiaria de la pensión de sobreviviente, debiéndose mantener la decisión de acceder a las pretensiones de la demanda.*

Para resolver el problema jurídico, la Sala centrará su estudio en los siguientes aspectos: I) Ratificación de las declaraciones extrajuicio: valor probatorio y II) caso concreto.

---

[1] Al respecto, ver por ejemplo, sentencia de la Corte Constitucional C-583 de 1997.

i) Ratificación de las declaraciones extrajuicio: valor probatorio.

El Código General del Proceso, utilizado por remisión expresa del CPACA, desarrolla el tema del régimen probatorio en sus artículos 164 a 277, señalando que son medios de prueba, entre otros, el testimonio de terceros, la declaración de parte, la confesión, el juramento, el dictamen pericial, y en general cualquier medio que sea útil para la formación del convencimiento del juez.

En ésta línea, **las declaraciones extrajuicio** se entienden como pruebas extraprocesales a través de las cuales se obtienen testimonios anticipados, provenientes de terceros, siendo, al unísono de la norma en cita, un medio de prueba válido. En concordancia con ello, el artículo 174 del estatuto procesal vigente, expresamente garantiza el derecho de contradicción de las mismas, puntualizando que su **valoración** y sus **consecuencias jurídicas corresponden al juez ante quien se aduzcan.** Asimismo, de forma concreta, el artículo 188 subsiguiente contempla la posibilidad de obtener testimonios anticipados, con fines judiciales o no judiciales, los cuales deben rendirse bajo la gravedad del juramento, pudiendo practicarse ante notario o alcalde.

Ahora bien, el citado artículo también señala que en el evento en que se presenten como pruebas testimonios anticipados, rendidos o no ante un Juez, pero sin citación de la persona contra quien se aducen, debe aplicarse el procedimiento establecido en el artículo 222 del C.G.P., el cual textualmente indica lo siguiente:

> *"**RATIFICACIÓN DE TESTIMONIOS RECIBIDOS FUERA DEL PROCESO.** Solo **podrán** ratificarse en un proceso las declaraciones de testigos cuando se hayan rendido en otro o en forma anticipada sin citación o intervención de la persona contra quien se aduzcan, **siempre que esta lo solicite**.*
>
> *Para la ratificación se repetirá el interrogatorio en la forma establecida para la recepción del testimonio en el mismo proceso, sin permitir que el testigo lea su declaración anterior." (resaltado y negrilla fuera de texto)*

La norma referida permite afirmar que la ratificación de testimonios, ya se trate de declaraciones recibidas en otro proceso o como prueba anticipada, sin la intervención de la persona contra quien se aduce, podrá llevarse a cabo, siempre que la persona o entidad contra quien se aduzcan lo solicite.

Nótese cómo la norma procesal vigente formula un cambio sustancial en comparación con el anterior ordenamiento, en cuanto expresa que corresponde a la parte contra la que se aducen los testimonios obtenidos extraprocesalmente, solicitar su ratificación. Se otorga entonces una nueva caracterización a las declaraciones extrajuicio, toda vez que la interpretación de las normas del Código de Procedimiento Civil, anterior ordenamiento procesal, durante su vigencia, llevaron a concluir que la ratificación debía ser una carga que correspondía cumplir a quien pretendía hacer valer las declaraciones extrajuicio como pruebas, que en muchos casos estaba en cabeza de la parte demandante; sin embargo, considera la Sala que atendiendo a la nueva redacción, el deber de solicitar la ratificación está en manos de la parte interesada en objetarla, entendiendo que si no se realiza la petición de ratificación, dicha prueba se torna plenamente válida.

Ahora bien, el tema de la ratificación de testimonios obtenidos extraprocesalmente ha sido abordado por la Jurisprudencia del Consejo de Estado, y de manera especial por la Sección Tercera del Máximo órgano, en eventos en que se ha pretendido demostrar la existencia de la unión marital de hecho en procesos de reparación directa, exigiendo en un primer momento, y bajo la vigencia del Código de Procedimiento Civil, que las declaraciones extrajudiciales aportadas al proceso sin citación y asistencia contra la parte que se aducen deben ser ratificadas en el proceso en el cual se pretenden hacer valer, so pena de carecer de por completo de eficacia probatoria.

Sin embargo, desde el año 2013 dicha Sección ha venido variando su posición, otorgando valor probatorio a las declaraciones extrajudiciales, que no fueron objeto de ratificación bajo el supuesto que éste tipo de pruebas no sólo admite su contradicción a través de dicha ratificación, otorgándoles valor probatorio siempre que a la parte contra la que se aduce se le hubiere garantizado debidamente su derecho a la igualdad probatoria y oportunidades reales y efectivas de controvertir, a través de otros medios, dicha prueba:

> *"Ahora bien, debe insistirse en que el régimen probatorio que nos gobierna no impone una tarifa legal y, por tanto, en casos en los que se recauden medios de conocimiento, así estos comulguen con los previamente regulados y descritos en las normas procesales, en todo caso, siempre que cumplan con los requisitos de pertinencia, oportunidad y, particularmente, que sobre ella haya operado la contradicción.*
>
> *"La amplitud de admisibilidad de los medios probatorios y la especificidad de las formas legales de algunas de las pruebas, sin*

embargo, impone que ***el control de la prueba no se reconduzca en todos los casos a un sola forma de contradicción****, de manera que,* ***por vía de ejemplo, no es posible sostener que, en todos los casos, la prueba deba ser objeto de ratificación o que siempre la contraparte deba tener la posibilidad de contrainterrogar en el mismo momento****, como tampoco que determinada prueba deja de serlo porque la contraparte no fue citada, pues, en todos los casos, lo esencial tiene que ver con que quien no participó en su formación, tenga acceso, con igualdad probatoria y posibilidad, a oportunidades reales y efectivas de contradicción.*

La Constitución Política garantiza el acceso a la justicia[2] *y la facultad de probar*[3] *como derechos fundamentales orientados a asegurar la efectividad de los principios, derechos y deberes, la convivencia pacífica, la vigencia de un orden justo y la primacía de los derechos inalienables de las personas*[4]*, con prevalencia del derecho sustancial*[5]*.*

Ahora, particularmente en cuanto a la demostración de la calidad de compañero permanente, la Corte Constitucional ha considerado válidas las declaraciones extrajuicio, sin perjuicio de la falta de ratificación[6]

En ésta misma línea la Sección Segunda del Consejo de Estado también se ha pronunciado considerando que hay lugar a otorgar valor probatorio a las declaraciones extrajuicio sin ratificar, siempre que la contraparte haya tenido pleno conocimiento de las mismas, bien fuera durante el trámite administrativo o judicial correspondiente:

"Aun cuando se ha predicado que la validez de las declaraciones extrajuicio allegadas dentro de un proceso judicial se encuentra

---

2 Conforme al artículo 229 Constitucional, "[s]e garantiza el derecho de toda persona para acceder a la administración de justicia. La ley indicará en qué casos podrá hacerlo sin la representación de abogado".

3 El artículo 29 Constitucional garantiza a toda persona el derecho "...a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra".

4 Así lo impone la Constitución Política –se destaca-: "[s]on fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo. Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares" –art. 2°- y "[e]l Estado reconoce, sin discriminación alguna, la primacía de los derechos inalienables de la persona" –art- 5°-.

5 Preceptúa el artículo 228 Constitucional, que "[l]a Administración de Justicia es función pública. Sus decisiones son independientes. Las actuaciones serán públicas y permanentes con las excepciones que establezca la ley y en ellas prevalecerá el derecho sustancial" –se destaca-

6 CONSEJO DE ESTADO -SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO- SECCION TERCERA - SUBSECCION B. Consejero ponente: STELLA CONTO DIAZ DEL CASTILLO. Sentencia de veintinueve (29) de agosto de dos mil trece (2013). Radicación número: 25000-23-26-000-2000-01744-01(27521). Actor: ROSA ILMA MORENO PINTO Y OTROS.

sujeta a la citación de la parte contraria, a la posterior ratificación de las mismas o a aquellos casos en los que exclusivamente la ley les habilita como prueba sumaria -como garantía procesal que milita a favor de la parte contraria en virtud del derecho de contradicción y de defensa-, ***éstas pueden ser tenidas en cuenta, en los eventos en que hayan sido de pleno conocimiento de la parte demandada, ya sea desde el agotamiento de la vía gubernativa, o en el debate judicial mismo.***[7]*" (resaltado fuera de texto)*

Por otra parte, la Jurisprudencia constitucional también se ha orientado a otorgar validez a las declaraciones extrajuicio que no hayan sido ratificadas en un proceso judicial, acogiendo por una parte la posición de la Corte Suprema de Justicia quien, ha considerado tales declaraciones como documentos de contenido declarativo, cuya contradicción no está sometida a la ratificación:

"En este mismo fallo, la Corte suprema precisó que "(...) si bien, para la ratificación del testimonio, el artículo 229 del CPC exige que se repita el interrogatorio inicialmente practicado, ello no implica que se haga en los mismos términos, sino que basta que verse sobre el mismo asunto (...). En tal medida, el juez (...) cuenta con facultades amplias para hacer las preguntas pertinentes que sean necesarias para aclarar el tema sobre el que versa la prueba, sin que por ello pueda aducirse una invalidez."

De manera que la jurisprudencia autorizada en cuanto a la ratificación de testimonios y su valoración dentro del proceso, determina que frente a la ausencia de esta el juez bien puede: (i) darles el tratamiento de documentos declarativos provenientes de terceros –artículo 277 del C.P.C.-; o bien, (ii) ordenar oficiosamente la ratificación que establece el artículo 229 del C.P.C. al considerar que resulta necesario el esclarecimiento de elementos de juicio en el proceso y para garantizar los derechos de defensa y contradicción de la parte contraria, con lo cual se constituyen en testimonios válidos dentro del proceso. Ambas medidas se acompasan del respeto de los derechos y garantías de las partes. Su real distanciamiento surge de las particularidades de cada caso concreto, en virtud de las cuales el juez deberá determinar cuál es la medida idónea para valorar la prueba, en el marco de la sana crítica."[8]

Con fundamento en la jurisprudencia trascrita considera la Sala que aún en el evento de considerar que es exigible la ratificación de las declaraciones extraproceso como requisito para otorgarles validez, como

---

[7] CONSEJO DE ESTADO -SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO- SECCION SEGUNDA - SUBSECCION A. Consejero ponente: GUSTAVO EDUARDO GOMEZ ARANGUREN. Sentencia de 15 de febrero de 2012. Radicación número: 11001-03-15-000-2012-00035-00(AC). Actor: ALICIA AMAYA. Demandado: JUZGADO ONCE (11) ADMINISTRATIVO DE DESCONGESTION DE BOGOTA. Esta posición fue reiterada por la SECCION TERCERA -SUBSECCION C - siendo Consejera ponente: OLGA MELIDA VALLE DE DE LA HOZ, a través de sentencia de siete de abril de 2015. Radicación número: 27001-23-31-000-2001-01329-01 (26535). Actor: LUCILA GUTIERREZ SALDARRIAGA Y OTROS. Demandado: MINISTERIO DE DEFENSA - POLICIA NACIONAL

[8] Sentencia T-363 de 2013 y T-247 de 2016.

sucedía con el anterior ordenamiento procesal, lo cierto es que con base el principio de valoración que se le reconoce al Juez y la determinación de las consecuencias jurídicas de las pruebas sobre las cuales cimienta su decisión, es dable concluir que cuando las declaraciones extraproceso no se someten a dicha ratificación, pero han estado a disposición de la parte contra las que se aducen, a efectos de que se ejerza la debida defensa y contradicción, puede concedérseles valor probatorio a efectos de demostrar los hechos correspondientes.

3) CASO CONCRETO.

El debate en el presente asunto se centra en determinar si se encuentra probado dentro del expediente que la señora MARÍA RESURRECCIÓN GUERRERO BARRETO hacía vida común con su cónyuge al momento de su fallecimiento, acreditando así el requisito probatorio fijado por el artículo 48 del Acuerdo No. 049 de 1990[9] que expresamente señala lo siguiente:

> *"Pruebas.*
>
> *(...)*
>
> *"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."*

Revisado el expediente se observa que a **folio 52** obra "*Acta de declaración con fines extraprocesales*" en la cual se anota que comparecieron al Despacho de la señora Notaria Tercera –encargada- del Circulo de Sogamoso los señores RITA QUIAZUA OCHOA y ALIRIO ANIBAL VILLAMARIN MUÑOZ, a fin de rendir declaración bajo la gravedad de juramento manifestando lo siguiente:

> *"(...) Manifestamos que conocimos de vista, trato y comunicación al señora SALVADOR AYALA AYALA (Q.E.P.D.) por más de 40 años, respectivamente, por el mismo conocimiento y vecindad que tuvimos de él nos consta que al momento de su fallecimiento era CASADO con la señora MARÍA RESURRECCION GUERRERO BARRETO y que de su matrimonio tuvieron cinco (5) hijos (...) Manifestamos también que vivía bajo el mismo techo con su esposo y que dependía social y económicamente de él y que* ***lo acompaño hasta el último día de su vida*** *y en la actualidad no recibe pensión de ninguna entidad pública y del Estado (...)*

[9] *"Por el cual se expide el reglamento general del Seguro social obligatorio de invalidez, vejez y muerte" aprobado mediante Decreto 758 de 1990.*

Al respecto, ateniendo a los criterios esbozados en precedencia, considera la Sala que la declaración extrajudicial trascrita tiene plena validez, no obstante no haber sido objeto de ratificación dentro del trámite judicial, bajo el entendido que de conformidad con el contenido del artículo 222 del C.G.P., al no haber sido solicitada la ratificación por la entidad demandada, ni objetada, se constituye como un adecuado medio de prueba para demostrar que efectivamente la señora MARÍA RESURRECCION GUERRERO BARRETO convivía con su señor esposo SALVADOR AYALA AYALA al momento de su fallecimiento. Incluso, obra en el expediente copia del registro de defunción del señor SALVADOR AYALA AYALA (fl. 25), en donde se indica como denunciante de su fallecimiento justamente a la señora MARÍA RESURRECCION GUERRERO BARRETO, documento que en criterio de la Sala corrobora la afirmación de los testigos que rindieron la declaración extrajudicial en cuanto que, la demandante, acompañó al causante hasta el último día de su vida.

Debe puntualizarse igualmente que la declaración extraproceso en mención también fue presentada por la parte actora en vía administrativa ante la entidad demandada, tal y como se observa del contenido de la Resolución No. 53117 de 9 de noviembre de 2009 (fls.21-24), sin que la accionada formulará objeción alguna frente a su contenido o validez, negando el derecho pensional a la actora por razones referidas a la falta de cumplimiento de semanas de cotización pero no con relación a la validez de esta prueba.

En el mismo sentido, se observa que, en audiencia inicial de 10 de mayo de 2016, el *a quo*, entre otros aspectos abrió el proceso a pruebas teniendo como tales las aportadas con la demanda obrantes a folios 17 a 59 del expediente[10] -entre las que se encuentra la referida declaración extrajuicio- reconociéndolas como legal, válidas y oportunamente incorporadas, decisión frente a la cual la apoderada judicial no realizó apercibimiento alguno, no solicitó su ratificación, como lo fija el artículo 222 del C.G.P.. ni formuló objeción con relación a la mencionada prueba, o recursos frente a su admisión, considerándose por tanto que ante el silencio de la entidad debe dársele valor probatorio más aún si se tiene en cuenta que fue debidamente garantizado el derecho de contradicción y defensa de la entidad demandada, con relación a esta prueba tal y como se indicó.

Así las cosas, la Sala confirmará la sentencia de 10 de mayo de 2016, adoptada por el Juzgado Noveno Administrativo Oral de Tunja, por

[10] Minuto 12:35

encontrarla ajustada a derecho. Sin embargo, realizará una corrección al numeral tercero de la misma en cuanto señaló equivocadamente como número de cédula de ciudadanía de la *señora MARÍA RESURRECCIÓN GUERRERO BARRETO "23.851419" cuando lo correcto es el número 23.**58**1.419 según se desprende del memorial poder otorgado a su apoderada y de los documentos que conforman la actuación administrativa adelantada por ella ante la entidad demandada.*

CONDENA EN COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA

En relación al criterio adoptado por el Honorable Consejo de Estado[11] frente a la imposición de la condena en costas, se debe precisar que a pesar de ser objetivo, se le califica de "*valorativo*" porque se requiere que en el expediente el Juez revise si las mismas se causaron, tal y como lo ordena el artículo 365 C.G.P.

En lo que respecta a las costas y agencias en derecho en la segunda instancia, se advierte que en el trámite aquí surtido no se generaron, atendiendo a que se modificó un numeral del fallo de primera instancia.

I. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión No. 4 del Tribunal Administrativo de Boyacá, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley.

RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR el numeral tercero de la sentencia proferida el 10 de mayo de 2016 por el Juzgado Noveno Administrativo del Circuito Judicial de Tunja, que accedió a las pretensiones de la demanda, de la siguiente manera:

> ***"TERCERO.-** Como consecuencia de las anteriores declaraciones y a título de restablecimiento del derecho, ordenase a la Administradora Colombiana de Pensiones –COLPENSIONES- que proceda a reconocer la pensión de sobrevivientes a favor de la señora MARÍA RESURRECCIÓN GUERRERO BARRETO, identificada con C.C. No. 23.581.419 en su condición de cónyuge sobreviviente del señor SALVADOR AYALA AYALA, en un porcentaje del 50% y a favor de CEAILA ADRIANA AYALA GUERRERO, identificada con C.C. 23.583.031 y JORGE ENRIQUE AYALA GUERRERO identificado con C.C. No.*

[11] Consejo de Estado. Sección Segunda. CP. Guillermo Vargas Ayala. Expediente 25000-23-24-000-2012-00446-01. Fecha 16 de abril de 2015.

4.119.772, en su condición de hijos del señor SALVADOR AYALA AYALA, el restante 50% en los términos del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 de 1990, a partir del 29 de enero de 1994, fecha de la muerte del causante, aplicando los reajustes de ley y pague la misma con efectos fiscales a partir del 10 de septiembre de 2012, dado en fenómeno prescriptivo, conforme la parte motiva de esta providencia"

SEGUNDO.- CONFIRMAR la sentencia proferida el 10 de mayo de 2016 por el Juzgado Noveno Administrativo del Circuito Judicial de Tunja, que accedió a las pretensiones de la demanda, de conformidad a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: Sin condena en costas en esta instancia.

CUARTO: Notificada la presente sentencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Despacho de origen, previo registro en el Sistema Único de Información de la Rama Judicial "Justicia Siglo XXI".

Este proyecto fue discutido y aprobado en Sala de Decisión No. 4 de la fecha.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

JOSÉ ASCENCIÓN FERNÁNDEZ OSORIO
Magistrado

FÉLIX ALBERTO RODRÍGUEZ RIVEROS
Magistrado

OSCAR ALFONSO GRANADOS NARANJO
Magistrado

Hoja de firmas

Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Rad. 150013333009-2015-00161-01
Sentencia de Segunda Instancia

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO
DE BOYACA
NOTIFICACION POR ESTADO
El auto anterior se notificó por estado
No. 168 de hoy 2017
EL SECRETARIO