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

***MAGISTRADO PONENTE: JOSÉ ASCENCIÓN FERNÁNDEZ OSORIO***

Tunja, 09 JUL. 2019

| | |
|---|---|
| **DEMANDANTE:** | URIEL PEÑA HERRERA |
| **DEMANDADO:** | UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL - UGPP |
| **REFERENCIA:** | 150013333012-**2015-00099**-01 |
| **MEDIO DE CONTROL:** | NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO |
| **TEMA:** | RECONOCIMIENTO SUSTITUCIÓN PENSIÓN GRACIA – VALORACIÓN DECLARACIONES EXTRAJUICIO |
| **ASUNTO:** | **SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA** |

Conoce la Sala del recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante, contra la sentencia de primera instancia proferida el 18 de noviembre de 2017 por el Juzgado Doce Administrativo Oral del Circuito de Tunja, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

## I. ANTECEDENTES

### 1. TRÁMITE DE PRIMERA INSTANCIA

### 1.1. DEMANDA

#### 1.1.1. Declaraciones y condenas (fls. 73-74)

El señor URIEL PEÑA HERRERA, a través de apoderada, acudió ante esta jurisdicción en ejercicio del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, a fin de que se declare la nulidad de los siguientes actos administrativos:

- **Resolución No. TDP 009760 del 1° de marzo de 2013**, por medio de la cual la UGPP negó el reconocimiento de una pensión de sobrevivientes a favor del demandante, con ocasión del fallecimiento de la señora Yolanda Buitrago de Peña (q.e.p.d.).

- **Resolución No. RDP 018414 del 23 de abril de 2013**, mediante la cual la entidad demandada resolvió un recurso de reposición interpuesto contra el acto anterior, confirmándolo en su totalidad.

- **Resolución No. RDP 021080 del 8 de mayo de 2013**, por medio de la cual la UGPP resolvió un recurso de apelación interpuesto contra la Resolución No. TDP 009760 de 2013, confirmándola en todas sus partes.

Como consecuencia de lo anterior, pidió que se ordene a la entidad demandada **i)** reconocer a favor del demandante la sustitución pensional de manera definitiva y **ii)** que dé cumplimiento a la sentencia que así lo disponga en los términos del artículo 192 del CPACA.

**1.1.2. Fundamentos fácticos (fls. 16-17 y 74-75)**

La apoderada del demandante, manifestó que el señor URIEL PEÑA HERRERA contrajo matrimonio católico con la señora YOLANDA BUITRAGO DE PEÑA (q.e.p.d.) el 16 de diciembre de 1956, unión en la cual procrearon 7 hijos.

Indicó que la señora Yolanda Buitrago de Peña falleció el 8 de octubre de 2012, fecha en la que disfrutaba de una pensión gracia que le había sido reconocida mediante **Resolución No. 8353 del 11 de noviembre de 1992**, efectiva a partir del 19 de febrero de 1989.

Relató que el 29 de noviembre de 2012, el demandante solicitó ante la UGPP el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, petición a la cual adjuntó todos los documentos requeridos, así como declaraciones extrajuicio a efectos de acreditar la convivencia con la causante, desde la fecha de su matrimonio hasta el día de su fallecimiento.

Señaló que dicha solicitud fue resuelta de manera negativa a través de la **Resolución No. RDP 009760 del 1° de marzo de 2013**, bajo el argumento de que no había probado de manera legal la convivencia con la causante, no menos de 5 años hasta el momento de su fallecimiento, dado que la sociedad conyugal se liquidó en el mes de mayo de 2003 y el deceso ocurrió el 18 de octubre de 2012.

Expuso que pese a que mediante Escritura Pública No. 715 del 8 de mayo de 2003, elevada ante la Notaria Primera de Fusagasugá, de común acuerdo el demandante y la causante liquidaron la sociedad conyugal, continuaron viviendo juntos como marido y mujer, esto, desde que

contrajeron matrimonio hasta el que falleció la señora Yolanda Buitrago (q.e.p.d.).

Relató que ante la decisión adoptada por la UGPP, el actor interpuso recurso de reposición y en subsidio el de apelación, los cuales fueron decididos, confirmando la decisión impugnada, con el argumento de que los documentos no ofrecían la claridad suficiente sobre la convivencia, pues según ellos, ésta dejó de existir una vez se liquidó la sociedad conyugal y además, en la base de los datos del FOSYGA se reportó al actor como beneficiario de su esposa solamente hasta agosto de 2004.

Manifestó que en razón a la negativa del reconocimiento de la sustitución pensional por parte de la demandada, el señor PEÑA HERRERA interpuso acción de tutela, la cual fue negada en primera instancia por el Juzgado Penal del Circuito de Fusagasugá en primera instancia y revocada posteriormente por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca, Sala Penal, concediendo el amparo en forma transitoria.

Refirió que dicho Tribunal, concretamente en el numeral segundo del fallo de segunda instancia, dispuso el reconocimiento y pago oportuno de la pensión de sobrevivientes al demandante, únicamente en lo que tiene que ver con las mesadas pensionales generadas a partir de la respectiva resolución que se emitiera dentro del término señalado y hasta tanto la justicia ordinaria decidiera de fondo la controversia, situación que se ha cumplido por parte de la UGPP, pues hasta la fecha le ha sido cancelado al demandante el valor de la pensión correspondiente.

### 1.1.3. Fundamentos de derecho (fls. 18-19)

Consideró como preceptos normativos violados los siguientes:

**Constitucionales:** Artículo 11.

**Legales:** Artículo 13 de la Ley 797 de 2003.

### 1.2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA (fls. 120-126)

Dentro de la oportunidad concedida para el efecto, la apoderada judicial de la entidad demandada UGPP, se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda al considerar que los actos administrativos enjuiciados fueron proferidos siguiendo los lineamientos establecidos por la normatividad vigente para el reconocimiento, pago y liquidación de pensiones.

Indicó que teniendo en cuenta la fecha de fallecimiento de la pensionada (18 de octubre de 2012), la norma aplicable para efectos del reconocimiento de la pensión de sobrevivientes es la Ley 797 de 2003, que en el literal a) del artículo 13 establece que dentro de los requisitos necesarios para el reconocimiento de la sustitución pensional se encuentra la convivencia con el pensionado, en un término mínimo de 5 años anteriores a la fecha de fallecimiento y hasta la muerte del mismo.

Señaló que para el caso bajo estudio, no es posible establecer con exactitud si existió o no convivencia entre la causante y el actor, pues de conformidad con la Escritura Pública No. 715 de 8 de mayo de 2003 de la Notaría Primera de Fusagasugá, la causante y el accionante liquidaron de común acuerdo la sociedad conyugal, dejando de convivir a partir de esa fecha y adicional a ello, consultada la base de datos del FOSYGA, el actor aparece como beneficiario de la señora Yolanda Buitrago hasta el mes de agosto de 2004.

Finalmente, propuso como excepciones las que denominó: *"Inexistencia de la obligación o cobro de lo no debido"*, *"Inexistencia de vulneración de principios constitucionales y legales"*, *"Inexistencia de negligencia ni mala fe por parte de la entidad"* y *"Prescripción."*

## 1.3. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Doce Administrativo Oral del Circuito de Tunja, mediante sentencia proferida el 18 de noviembre de 2017, resolvió (fls. 346-354):

> ***"PRIMERO.- NEGAR*** *las pretensiones de la demanda, por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.*
>
> ***SEGUNDO.- CONDENAR*** *en costas a la parte demandante, por lo señalado ut supra, a favor de la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP. Por Secretaría, Liquídense.*
>
> ***TERCERO.-*** *Se fijan como agencias en derecho la suma correspondiente al 1% por ciento del valor de las pretensiones negadas, a favor de la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP.*
>
> *(...)"*

Para adoptar tal determinación, la juez de instancia realizó un recuento legal y jurisprudencial sobre la materia, con base en el cual concluyó que las normas que regulan la sustitución pensional son las vigentes al momento del deceso, pues es el momento en que nace para los beneficiarios el derecho a sustituirse como asignatarios de la pensión.

Así pues, refirió que a la fecha del fallecimiento de la señora Yolanda Buitrago (q.e.p.d.), esto es, el 18 de octubre de 2012, se encontraba vigente el Régimen General consagrado en la Ley 100 de 1993, modificado por la Ley 797 de 2003; no obstante, precisó que las disposiciones contenidas en la Ley 71 de 1988 y en el Decreto 1160 de 1989 continuaron vigentes para aquellos regímenes que por exclusión, no quedaron comprendidos dentro del ámbito de aplicación de la Ley 100, norma que en su artículo 279 hace alusión a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, situación en la que se encontraba la causante, en tanto se reclama en el presente asunto la sustitución de la pensión gracia a ella reconocida mediante Resolución No. 09345 del 9 de noviembre de 1988.

Conforme a lo anterior, destacó el pronunciamiento del Consejo de Estado en sentencia proferida el 10 de octubre de 1996, señalando que inicialmente el cónyuge supérstite puede acceder a la sustitución pensional del causante, sin embargo, la mera existencia del vínculo legal (matrimonio) no suple la exigencia normativa de la real convivencia, ello con el fin de impedir que sobrevenida la muerte de uno de los miembros de la pareja, el otro se vea impelido a soportar no solo la carga espiritual sino la carga material que implica asumir de manera individual las obligaciones que conlleva el mantenimiento propio y el de la familia.

Así pues, indicó que en el presente asunto, para establecer si el demandante tiene derecho al reconocimiento de la sustitución pensional, se hace necesario determinar si al momento del deceso de la señora Yolanda Buitrago de Peña, el actor se encontraba haciendo vida en común con ella y si la misma había perdurado en el tiempo como lo ordena la ley, pues encontró probado que los señores referidos liquidaron la sociedad conyugal.

Para acreditar la convivencia efectiva, comprensión, apoyo mutuo y vida en común, la juez de instancia manifestó que la parte accionante aportó al plenario dos declaraciones extrajuicio que dan fe de lo antes mencionado; no obstante, advirtió que tal como lo ha sostenido la jurisprudencia del Consejo de Estado, dichas declaraciones no pueden ser valoradas en tanto las mismas no fueron ratificadas al interior del presente proceso, en virtud a lo establecido en el CGP y que el demandante no solicitó se decretara el testimonio de los declarantes, petición que sí elevó la UGPP.

La *a quo* advirtió que en el presente asunto no fue posible recepcionar los testimonios decretados, debido a la inactividad de la parte demandante, frente a lo cual la jurisprudencia ha señalado que la carga probatoria de

los supuestos de hecho está radicada en cabeza de la parte que pretende derivar de ellos determinadas consecuencias jurídicas.

Finalmente, señaló que el actor fue beneficiario del servicio de salud de la causante desde el año de 1995 y hasta el 2004, fecha en la que según su manifestación en el libelo inicial, cambió de servicio médico ante una enfermedad catastrófica; sin embargo, la historia clínica aportada al plenario, en la que se evidencia que el demandante padece de cáncer de laringe, data de junio de 2011, esto es, 7 años después.

### 1.4. FUNDAMENTOS DE LA APELACIÓN (fls. 356-357)

Inconforme con la decisión, el apoderado de la parte demandante apeló la sentencia con fundamento en lo siguiente:

Consideró que se hizo una apreciación errada del material probatorio que obra dentro del expediente, pues las declaraciones extraproceso, prueba idónea para demostrar la convivencia entre la causante y el actor, no pueden dejar de ser valoradas para únicamente tener en cuenta el hecho de que se liquidó la sociedad conyugal entre ellos; además, indicó que el demandante ha cumplido con todos los requisitos previstos en el artículo 46 de la Ley 100 de 1993, modificada por el artículo 12 de la Ley 797 de 2003.

Agregó que se deben tener en cuenta las consideraciones de la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia, quienes cambiaron su percepción acerca de exigir al cónyuge supérstite el requisito de convivencia y tras un nuevo análisis del artículo 13 de la Ley 797 de 2003, la Sala Laboral de la Corte Suprema determinó que el cónyuge no puede perder la pensión solo porque no hizo vida de común con su pareja antes de la muerte de ésta, basta con que se encuentre vigente el vínculo matrimonial.

## 2. TRÁMITE PROCESAL DE SEGUNDA INSTANCIA

El anterior recurso fue concedido mediante auto del 8 de marzo de 2018 de (fl. 360) y fue admitido por esta Corporación a través de proveído del 27 de abril de 2018 (fl. 365). Posteriormente, mediante auto del 10 de mayo de 2018 se prescindió de la audiencia de que trata el inciso 4° del artículo 247 del CPACA y se ordenó correr traslado para alegar de conclusión (fl. 369).

## 2.1. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

### 2.1.1. Parte demandada (fls. 371-378)

La apoderada de la UGPP, solicitó se confirme el fallo de primera instancia, pues para ser beneficiario de la pensión de sobrevivientes por muerte del pensionado, ya sea el cónyuge o la (el) compañera (o) permanente, deberá acreditar de manera irrefutable, de una parte, que éste hizo vida marital con el causante hasta su muerte y, de otra, que haya convivido con el fallecido por un término no menor de cinco (5) años continuos con anterioridad a la muerte del pensionado, conforme lo prevé el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 12 de la Ley 797 de 2003.

Indicó que conforme a la documental que obra en el plenario, esto es, la Escritura Pública No. 715 del 8 de mayo de 2003 de la Notaría Primera de Fusagasugá, la causante y el demandante liquidaron de común acuerdo la sociedad conyugal, de tal forma que, como lo ha referido la jurisprudencia, el actor tenía la carga de probar (artículo 167 del C.G.P,) la convivencia con la causante durante los últimos cinco años de vida de la misma, en tanto los efectos patrimoniales cesaron al momento de liquidar la sociedad conyugal, circunstancia que no fue acreditada durante el trámite procesal.

### 2.1.2. Parte demandante (fls. 379-381 y 382-384)

Reiteró los argumentos expuestos en la apelación, referidos a que aun cuando liquidó la sociedad conyugal con la causante, de común acuerdo, pudo demostrar la convivencia hasta el día del fallecimiento por medio de las declaraciones extrajuicio allegadas al expediente.

Señaló que desde el escrito de demanda manifestó el porqué del cambio de EPS de su esposa desde el año 2004 a la de su hijo Reinaldo Peña Buitrago, quien lo afilió a la Clínica de la Policía, esto es, con el único fin de recibir mejor el tratamiento médico al cáncer que padece.

En ese sentido, solicitó se revoque el fallo apelado y se ordene a la demandada continuar con el respectivo pago de las mesadas pensionales ordenadas por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca.

## 2.2. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Ministerio Publico no emitió concepto.

# II. CONSIDERACIONES

## 1. CONTROL DE LEGALIDAD

De conformidad con lo establecido en el artículo 207 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, dentro del trámite surtido hasta este momento procesal no ha encontrado la Sala causal de nulidad alguna que pueda invalidar la actuación realizada.

## 2. PROBLEMAS JURÍDICOS

Corresponde a esta Sala establecer si:

*¿Le asiste al demandante el derecho a reclamar la sustitución de la pensión gracia causada por la señora Yolanda Buitrago de Peña (q.e.p.d.), en su condición de cónyuge supérstite, o por el contrario, tal como lo manifestó la juez de primera instancia, ello no es procedente al no demostrar la convivencia con la causante durante los cinco años anteriores a su deceso?*

*¿Cuál es el valor probatorio que debe otorgarse a las declaraciones extrajuicio?*

## 3. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

### *3.1. De la sustitución pensional*

Dentro de un sistema integral de protección del derecho a la seguridad social, en pensión, la inclusión del riesgo por muerte se configura en uno de sus pilares fundamentales, cuyo objeto no es otro que el de amparar a los beneficiarios de un afiliado o pensionado, de tal forma que la ocurrencia de su muerte no implique, además, la pérdida de los recursos con los que su grupo familiar se sostenía en condiciones dignas[1].

Al respecto, el Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, en sentencia de 3 de marzo de 2011, C. P. Dr. Luis Rafael Vergara Quintero, manifestó[2]:

> *"La Jurisprudencia ha reiterado que el derecho a la sustitución pensional está instituido como un mecanismo de protección a los familiares del trabajador pensionado, ante el posible desamparo en que puedan quedar*

---

[1] *Consejo de Estado, Sección Segunda - Subsección B. Consejero Ponente Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila. Sentencia del 29 de marzo de 2012. Radicación número: 08001-23-31-000-2009-01063 01(2586- 11).*
[2] *Radicado interno No. 5470-05, Actora: Ana Judith Hernández De Rincón.*

> *por razón de la muerte de éste, pues al ser beneficiarios del producto de su actividad laboral, traducido en la mesada pensional, dependen económicamente de la misma para su subsistencia.* ***Este derecho es una protección directa a la familia, cualquiera que sea su origen o fuente de conformación***".

La Corte Constitucional, por su parte, desde sus inicios ha sostenido que la finalidad de la sustitución pensional es:

> "*(...) evitar que las personas allegadas al trabajador y beneficiarias del producto de su actividad laboral queden por el simple hecho de su fallecimiento en el desamparo o la desprotección. Principios de justicia retributiva y de equidad justifican que las personas que constituían la familia del trabajador tengan derecho a la prestación pensional del fallecido para mitigar el riesgo de viudez y orfandad al permitirles gozar post-mortem del status laboral del trabajador fallecido*"[3].

Visto lo anterior, se puede concluir que la sustitución de la pensión es el derecho que tienen una o varias personas para ser beneficiarios de la prestación social de que era acreedora otra persona que ya falleció. No se trata en consecuencia, del reconocimiento de un derecho pensional, sino de la **legitimación que se debe acreditar para reemplazar a quien venía percibiéndolo**, es decir, el derecho que ha estado radicado en el trabajador como titular de la pensión, pasa por el hecho de su muerte a sus causahabientes[4].

En ese contexto, la Sala destaca el carácter prestacional-asistencial propio de la seguridad social, **su condición de derecho fundamental, inalienable, imprescriptible e irrenunciable**, dirigida a proteger al grupo familiar del (la) pensionado (a) fallecido (a) ante el posible desamparo económico por la muerte de quien en vida sufragó y asumió lo básico para la subsistencia.

### *3.2. De la pensión gracia y la procedencia de su sustitución*[5]

La pensión de jubilación gracia fue consagrada mediante el artículo 1° de la Ley 114 de 1913 en favor de los maestros de las escuelas primarias oficiales, que hayan servido en el magisterio por un término no menor de 20 años.

Posteriormente, la Ley 116 de 1928 extendió el beneficio de la pensión

---

[3] *T-193 de 1993, M. P. Doctor Eduardo Cifuentes Muñoz. En el mismo sentido, ver las Sentencias T-424 de 2004, M.P. Doctor Álvaro Tafur Galvis; T-606 de 2005, M.P. Doctor Marco Gerardo Monroy Cabra; C-111 de 2006, M.P. Doctor Rodrigo Escobar Gil; y, T-404 de 2007, M.P. Doctor Jaime Córdoba Triviño.*

[4] *Consejo de Estado. Sentencia de 3 de marzo de 2011, C.P. Dr. Luis Rafael Vergara Quintero, Radicado interno No. 5470-05, Actora: Ana Judith Hernández De Rincón.*

[5] *Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A. Sentencia del 22 de marzo de 2018. Exp. Rad. No. 4526-13. C.P. Dr. William Hernández Gómez.*

gracia a los empleados docentes y profesores de las escuelas normales y a los Inspectores de Instrucción Pública y autorizó a los docentes, según su artículo 6°, a completar el tiempo requerido para acceder a la pensión, sumando los servicios prestados en diversas épocas, tanto en la enseñanza primaria como en la normalista, al asimilar para tales efectos la inspección de instrucción pública a la enseñanza primaria.

Más adelante, con la Ley 37 de 1933, el beneficio gratuito de la pensión gracia de jubilación se hizo extensivo a los maestros de escuela que hubieren completado el tiempo de servicios señalado por la ley en establecimientos de enseñanza secundaria.

Finalmente, la Ley 91 de 1989 en su artículo 15, ordinal 2°, literal a) limitó la vigencia temporal del derecho al reconocimiento de la pensión gracia para los docentes vinculados hasta el 31 de diciembre de 1980, siempre que reunieran la totalidad de los requisitos legales, al señalar textualmente la norma en mención que:

> *"(...) Los docentes vinculados hasta el 31 de diciembre de 1980 que por mandato de las Leyes 114 de 1913, 116 de 1928, 37 de 1933 y demás normas que las hubieran desarrollado o modificado, tuviesen o llegaren a tener derecho a la pensión de gracia, se les reconocerá siempre y cuando cumplan con la totalidad de los requisitos. Esta pensión seguirá reconociéndose por la Caja Nacional de Previsión Social conforme al Decreto 081 de 1976 y será compatible con la pensión ordinaria de jubilación, aún en el evento de estar ésta a cargo total o parcial de la Nación. (...)"*

La disposición trascrita fue objeto de análisis por la Sala Plena del Consejo de Estado[6], pronunciamiento en el cual se fijaron algunos lineamientos sobre la pensión gracia y en el que a propósito del artículo 15 trascrito, puntualizó:

> *"(...) También, que dentro del grupo de beneficiarios de la pensión gracia no quedan incluidos los docentes nacionales sino, exclusivamente, los nacionalizados que, como dice la Ley 91 de 1989, además de haber estado vinculados hasta el 31 de diciembre de 1980 "tuviesen o llegaren a tener derecho a la pensión de gracia (...) siempre y cuando cumplan con la totalidad de requisitos". Y por último, que sin la ley 91 de 1989, en especial la norma contenida en el literal A, numeral 2, de su artículo 15, dichos servidores no podrían beneficiarse del reconocimiento de tal pensión, pues habiéndose nacionalizado la educación primaria y secundaria oficiales, dicha prestación, en realidad, no tendría el carácter de graciosa que inicialmente le asignó la ley. (...)"*

La Sala Plena en la sentencia S-699 de 1997, explicó ampliamente las

---

[6] *Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sentencia n° S-699 de 26 de agosto de 1997, C.P. Nicolás Pájaro Peñaranda, Actor: Wilberto Therán Mogollón.*

razones por las cuales concluyó que la pensión gracia se conservaría en favor de los docentes que se hubiesen visto afectados por el proceso nacionalización.

Por eso, aunque el artículo 15 ordinal 2° literal a) de la Ley 91 de 1989 utilice solo la palabra "docentes", no puede olvidarse que se refiere a quienes "tuviesen o llegaren a tener derecho a la pensión gracia", y estos son solo los que hubiesen laborado en el orden territorial conforme a las normas que le dieron origen a esta prestación.

En este orden de ideas, como lo ha señalado el Alto Tribunal de lo Contencioso Administrativo[7], es necesario concluir que la pensión gracia, es una **pensión especial de origen legal** cuya gratuidad, es decir, la ausencia de aportes o cotizaciones para tal efecto, no impide su consolidación como derecho adquirido con justo título y por ende su aptitud para ser sustituida en caso de muerte del beneficiario, toda vez que una vez configurados los elementos que permiten su otorgamiento, se entiende que el derecho ingresa al patrimonio del docente tornándose potencialmente sustituible dada su naturaleza pensional y la categoría de derecho adquirido que obtiene una vez consolidado.

Además, dentro del ordenamiento legal, el régimen de sustitución pensional se consagró como un mecanismo de seguridad social orientado a proteger el núcleo familiar inmediato del empleado que muere siendo titular de una pensión, de manera que éstos gocen del mismo grado de seguridad social y económica con que contarían en vida del fallecido, lo que independiza la viabilidad del derecho a la sustitución pensional de la existencia de aportes para conformar el derecho pensional primigenio.

Ahora, si bien la normativa especial que regula la pensión gracia no contempló específicamente la sustitución de la misma a favor de los beneficiarios del docente luego de su deceso, lo cierto es que tampoco la prohibió, ni señaló -para quienes lograron obtenerla o gozan de una expectativa válida frente a la misma por virtud del régimen de transición de la Ley 91 de 1989- causal alguna de extinción del derecho, mucho menos su cese o pérdida con ocasión del fallecimiento del pensionado o docente con derecho.

Bajo la motivación precedente, se concluye la vocación de sustituibilidad

---

[7] *Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, sentencia de 4 de marzo de 2010, Consejero ponente Gustavo Gómez Aranguren, radicación 08-001-23-31-000-2006-00004-01, demandante Francisco Coronel Vásquez, demandado Cajanal, número interno: 0824-2009*

que asiste a la pensión gracia bajo los mismos parámetros legales y criterios aplicables a las pensiones ordinarias, pues si bien su causa jurídica es diferente, estas comparten por voluntad del legislador la misma naturaleza, y en materia de sustitución, idéntica finalidad de amparo a la familia más próxima de quien antes de fallecer adquirió el derecho, de manera pues, que resultan aplicables en tal sentido las normas generales que regulan la materia, vigentes al momento del deceso del docente[8].

### *3.2.1. Régimen jurídico aplicable para la sustitución pensional*

Las normas por las cuales se determina la sustitución pensional son las vigentes al momento del deceso del causante, para el presente caso, esto es, a 18 de octubre de 2012, según da cuenta el certificado de defunción de la señora Yolanda Buitrago de Peña (q.e.p.d.) visible a folio 10 del expediente, momento en el que nace el derecho para los beneficiarios de la pensionada.

En efecto, para dicha fecha el régimen aplicable para la sustitución pensional se determina así: **i)** la Ley 71 de 1988 y el Decreto 1160 de 1989, porque eran las normas vigentes para la fecha la causación del derecho, para aquellas personas que por exclusión no fueron cobijadas por la Ley 100 de 1993, es decir, los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, creado por la Ley 91 de 1989 y, **ii)** para los demás docentes, el régimen aplicable es la Ley 100 de 1993.

En el caso *sub examine*, de la documental aportada al plenario y contrario a lo manifestado por la juez de instancia, no se colige que la docente estuviera afiliada al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y en esa medida, no se encuentra exceptuada de la aplicación de las reglas contenidas en la Ley 100 de 1993 por disposición expresa de su artículo 279.

Ahora, a través de la Ley 100 de 1993, el legislador organizó el sistema de seguridad social integral (régimen general), en lo relacionado con el régimen de pensiones y su objetivo fue garantizar a la población el amparo contra las eventualidades derivadas de la vejez, la invalidez y la muerte, mediante el reconocimiento de las pensiones y prestaciones que se determinan en la citada ley.

Así pues, con la finalidad de atender la contingencia derivada de la

---

[8] *Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, sentencia de 4 de marzo de 2010, Consejero ponente Gustavo Gómez Aranguren, radicación 08-001-23-31-000-2006-00004-01, demandante Francisco Coronel Vásquez, demandado Cajanal, número interno: 0824-2009*

muerte, el legislador previó la denominada pensión de sobrevivientes y sustitución pensional, como una prestación dirigida a suplir la ausencia repentina del apoyo económico que brindaba el afiliado al grupo familiar y, por ende, evitar que su deceso se traduzca en un cambio sustancial de las condiciones mínimas de subsistencia de las personas beneficiarias de dicha prestación. Es decir, que su reconocimiento se fundamenta en normas de carácter público y constituye un desarrollo del principio de solidaridad.

En este punto se aclara que, si bien la pensión de sobreviviente y la sustitución pensional tienen la misma finalidad, la sustitución pensional es aquella prestación que se le otorga al núcleo familiar de un pensionado que fallece o del afiliado que cumple con los requisitos legalmente exigibles para pensionarse y fallece; en cambio la pensión de sobreviviente es aquella prestación que se le otorga al núcleo familiar del afiliado no pensionado, que fallece sin cumplir con los requisitos mínimos para obtener la pensión.[9]

### 3.2.2. *Requisitos para acceder a la sustitución pensional - Ley 100 de 1993*

➢ *Beneficiarios*

El ordinal a) del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, señala como beneficiarios de la sustitución pensional, entre otros:

> *"(...) **BENEFICIARIOS DE LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTE.** Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes: a) En forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente o supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga 30 o más años de edad. En caso de que la pensión de sobrevivencia se cause por muerte del pensionado, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite, deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y haya convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte (...)"*

➢ *Convivencia efectiva*

Con respecto al requisito de la convivencia, esto es, los 5 años continuos inmediatamente anteriores a la muerte del causante, el Consejo de Estado[10] ha señalado que *"(...) el legislador lo previó como un mecanismo*

---

[9] *Sentencia T-564 de 2015.*
[10] *Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, sentencia de 9 de noviembre de 2017, Consejero ponente William Hernández Gómez, número interno: 0286-2015*

*de protección, ello para salvaguardar a los beneficiarios legítimos de quienes pretenden solo buscar provecho económico (...)."*

Así mismo, que debe acreditarse la vocación de estabilidad y permanencia, por lo que no se tienen en cuenta aquellas relaciones casuales, circunstanciales, incidentales, ocasionales, esporádicas o accidentales que haya podido tener en vida el fallecido pensionado.

Finalmente, no es factor determinante para desvirtuar la convivencia efectiva, el que los cónyuges no vivan juntos en un momento dado. En efecto, debe valorarse cada circunstancia en concreto, las razones por las que no vivieron en el mismo techo, así como los demás factores determinantes de la convivencia, como lo son el auxilio o apoyo mutuo, la comprensión y la vida en común, que en últimas son los que legitiman el derecho reclamado.

## 4. CASO CONCRETO

De conformidad con el material probatorio que obra en el plenario, la Sala encuentra acreditado lo siguiente:

- Que la señora Yolanda Buitrago de Peña (q.e.p.d.), nació el 13 de mayo de 1937 (CD fl. 119 – archivo No. 22) y falleció el **18 de octubre de 2012** (fl. 10).

- Que la causante contrajo matrimonio con el señor URIEL PEÑA HERRERA el **16 de diciembre de 1956** (fl. 11), unión de la cual procrearon siete hijos, todos actualmente mayores de edad (fls. 268-275).

- Que mediante **Resolución No. 09345 del 9 de noviembre de 1988**, la Caja Nacional de Previsión Social reconoció una pensión mensual vitalicia de jubilación a favor de la señora Yolanda Buitrago (q.e.p.d.), en cuantía de $24.438,29 y efectiva a partir del 13 de mayo de 1987 (fls. 53-54 y 60-61).

- Que el **12 de febrero de 1990**, la causante solicitó ante CAJANAL que en caso de muerte se traspase su pensión gracia de jubilación a su cónyuge Uriel Peña Herrera (CD fl. 119 – archivo No. 17).

- Que a través de la **Resolución No. 008353 del 11 de noviembre de 1992,** CAJANAL reliquidó la pensión gracia reconocida a la causante, aumentando la cuantía a $35.340, efectiva a partir del 19 de febrero de 1989 (CD fl. 119 – archivo No. 25).

- Que el **28 de junio de 2001**, la señora Yolanda Buitrago de Peña (q.e.p.d.), solicitó ante CAJANAL el retiro total del demandante como beneficiario futuro de su pensión de jubilación (CD fl. 119 – archivo No. 28).

- Que la causante y el demandante **liquidaron la sociedad conyugal** mediante Escritura Pública No. 715 del **8 de mayo de 2003** en la Notaría Primera de Fusagasugá (fl. 11vto.).

- Que conforme a la Historia Clínica del demandante, expedida el 24 de mayo de 2011 por el Hospital Central de la Policía Nacional (fl. 13) y el 1° de junio de 2011 por Radioterapia Oncología Marly -ROM S.A.- (fl. 12), al señor PEÑA HERRERA le fue diagnosticado un *tumor maligno de la laringe* y en razón a ello le practicaron una laringectomia más vaciamiento radical.

- Que mediante Declaraciones Extrajuicio rendidas ante la Notaría Primera del Círculo de Fusagasugá el **29 de octubre de 2012**, los señores CARLOS EDUARDO ESPINO CASTELLANOS y TERESA NARVÁEZ ULLOA, manifestaron que del conocimiento personal y directo que tenían de la causante, saben que convivió casada con el señor Herrera Peña de manera permanente e ininterrumpida, compartiendo mesa, lecho y techo desde el 16 de diciembre de 1956 hasta el día de su fallecimiento (CD fl. 119 – archivos zip 0803 y 0807).

- Que mediante Declaración Extrajuicio rendida ante la Notaría Primera del Círculo de Fusagasugá el **22 de noviembre de 2012**, el demandante manifestó que convivió de manera permanente e ininterrumpida con la causante, compartiendo mesa, lecho y techo desde el 16 de diciembre de 1956 hasta el día de su fallecimiento; así mismo, indicó que dependía económicamente de la causante (CD fl. 119 – archivo zip 0802).

- Que mediante **Resolución No. RDP 009760 del 1° de marzo de 2013**, la UGPP negó al señor URIEL PEÑA HERRERA el reconocimiento de una pensión de sobrevivientes, con ocasión del fallecimiento de la señora Yolanda Buitrago de Peña (q.e.p.d.) (fls. 2-3).

- Que a través de las **Resoluciones No. RDP 018414 del 23 de abril de 2013** (fls. 4-6) y **No. RDP 021080 del 8 de mayo del mismo año** (fls. 7-9), la entidad demandada resolvió los recursos de reposición y apelación, respectivamente, interpuestos contra la Resolución No. RDP 009760 de 2013, confirmándola en su totalidad.

- Que el demandante interpuso acción de tutela en contra de la UGPP, solicitando la protección de sus derechos fundamentales al mínimo vital y a la vida, en razón a que no le fue reconocida la pensión de sobrevivientes, amparo que le fue negado el 18 de junio de 2013 por el Juzgado Penal del Circuito de Fusagasugá – Cundinamarca (fls. 81-85); dicho fallo fue revocado posteriormente por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca el 30 de julio de 2013, ordenando lo siguiente (fls. 87-99):

  *"**PRIMERO.- REVOCAR** el fallo objeto de impugnación y **CONCEDER en forma transitoria** la acción de tutela promovida por el señor URIEL PEÑA HERRERA, por las razones consignadas en este proveído.*

  ***SEGUNDO.- ORDENAR** como consecuencia de lo anterior, a la funcionaria LUZ MARINA PARADA BALLÉN, Subdirectora de Determinación de Derechos Pensionales Unidad de Gestión Pensional y Parafiscal o a quien haga sus veces, de la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social, **que dentro del término de 48 horas siguientes a la notificación de esta sentencia**, proceda a **reconocer y disponer el pago oportuno** de la pensión de sobrevivientes solicitada por el señor URIEL PEÑA HERRERA, **únicamente en lo que tiene que ver con las mesadas pensionales generadas a partir de la respectiva resolución que se emita dentro del término ya señalado, y hasta tanto la justicia ordinaria decida de fondo la controversia planteada.***

  ***TERCERO.- REQUERIR** al señor URIEL PEÑA HERRERA, para que promueva ante el juez competente **dentro de los cuatro (4) meses siguientes a la notificación de esta decisión, las acciones legales a que haya lugar,** so pena de que cesen los efectos de lo aquí ordenado, conforme a lo expuesto en el cuerpo de esta providencia.*

  *(…)"*

- Que en cumplimiento al fallo anterior, la UGPP expidió la **Resolución No. 037805 del 15 de agosto de 2013**, reconociendo y ordenado el pago a favor del demandante de una pensión de sobrevivientes con ocasión del fallecimiento de la señora Yolanda Buitrago de Peña, a partir del 19 de octubre de 2012 -día siguiente al fallecimiento- (fls. 101-103).

- En cuanto a las fotografías aportadas por la parte demandante (CD fl. 119 – archivo zip 4201 (3)), la Sala advierte que tal como se precisó por esta Corporación en sentencia de 12 de octubre de 2017, Rad. No. 2014-00003-01, M.P. Dra. Clara Elisa Cifuentes Ortiz, se apreciarán de acuerdo con las reglas establecidas por la jurisprudencia del Consejo de Estado como medios de convicción de carácter representativo.

Así, la Sección Tercera, Subsección "C" del Consejo de Estado, con ponencia de la Doctora Olga Melida Valle de la Hoz, en sentencia proferida el 28 de mayo de 2015, dentro del proceso radicado bajo el número 25000-23-26-000-2002-01492-01(29479), promovido por Cesar Julio Joya Bayona y otros contra el Instituto de Desarrollo Urbano, expuso:

> *"(...) Al respecto de este medio probatorio se harán las siguientes consideraciones:*
>
> *Se tiene que dichas fotografías fueron aportadas por la parte demandante dentro del acervo probatorio con el escrito de demanda.*
>
> *Ahora bien, al respecto la Corte Constitucional en sentencia T-269 de 2012, ha dicho lo siguiente:*
>
> *"3.7.1 La fotografía es un medio probatorio documental de carácter representativo. Es un objeto que muestra un hecho distinto a él mismo, el cual emerge del documento sin que tenga que hacerse un ejercicio de interpretación exhaustiva de su contenido.* ***Esto significa que la representación debe ser inmediata, pues si a simple vista la fotografía muestra una variedad de hechos posibles, "ella formará parte de la prueba indiciaria, ya que está contenida en la mente de aquél (el intérprete), y no en el objeto que la documenta"***[11].
>
> *3.7.2 Al igual que el dictamen pericial, la fotografía es un medio que el juez está en obligación de valorar dentro del conjunto probatorio partiendo de las reglas de la sana crítica. No obstante,* ***la jurisprudencia ha establecido unos parámetros específicos para su correcta apreciación. En primer lugar, como es tradición tratándose de un documento, debe verificarse su autenticidad conforme a la normatividad correspondiente, dependiendo de si las imágenes fotográficas aportadas al proceso constituyen un documento público o privado.***
>
> ***Pero superado este examen, el Consejo de Estado ha sostenido que las fotografías por si solas no acreditan que la imagen capturada corresponda a los hechos que pretenden probarse a través de ellas. Debe tenerse certeza de la fecha en la que se capturaron las imágenes y, para ello, corresponde al juez efectuar un cotejo de las fotografías con testimonios, documentos u otros medios probatorios:***
>
> *"Las fotografías o películas de personas, cosas, predios, etc., sirven para probar el estado de hecho que existía en el momento de ser tomadas, de acuerdo con la libre crítica que de ellas haga el juez; pero cómo es posible preparar el hecho fotográfico o filmado, es indispensable establecer su autenticidad* ***mediante la confesión de la parte contraria o de testigos presentes en aquel instante o que hayan formado parte de la escena captada*** *o intervenido en el desarrollo posterior del negativo o por el examen del negativo por peritos o por un conjunto fehaciente de indicios; cumplido este requisito, como documentos privados auténticos, pueden llegar a constituir plena prueba de hechos que no requieran por ley un medio diferente; si falta, tendrá un valor relativo libremente valorable por el juez, según la credibilidad que le merezcan y de acuerdo con su*

[11] *Parra Quijano, op. cit. p. 543.*

*contenido, las circunstancias que pudieron ser obtenidas y sus relaciones con las demás pruebas (...) También son un valioso auxiliar de la prueba testimonial, cuando el testigo reconoce en la fotografía a la persona de la cual habla o el lugar o la cosa que dice haber conocido; en estos casos, el testimonio adquiere mayor verosimilitud. Los Códigos de Procedimiento Civil y Penal colombianos lo autorizan.* [12]"

*3.7.3 En este orden de ideas, el valor probatorio de las fotografías no depende únicamente de su autenticidad formal* ***sino de la posibilidad de establecer si la imagen representa los hechos que se le atribuyen, y no otros diferentes en razón del tiempo, del lugar o del cambio de posición de los elementos dentro de la escena capturada.*** *Para ello, el juez debe valerse de otros medios probatorios, apreciando razonablemente el conjunto."*

***Así las cosas, se reconoce que en el ordenamiento jurídico debe dársele todo mérito probatorio a las fotografías que obren dentro del proceso, siempre y cuando se pueda inferir de otros medios de prueba que reposen también en el plenario, su autenticidad y temporalidad.*** *(...)"* (Negrita y subraya fuera de texto original).

En el mismo sentido, sobre la apreciación de las fotografías en conjunto con otros medios probatorios, la Subsección B de la Sección Tercera, al proferir sentencia de fecha 7 de abril de 2015, en relación con un proceso de reparación directa instaurado por la destrucción de algunas viviendas como consecuencia de un ataque realizado por un grupo al margen de la ley, sostuvo:

*"...el valor probatorio de las fotografías anexadas a la demanda y que reposan en los folios 22, 23, 25, 45 y 46 del cuaderno principal,* ***solamente registran una imagen, y no dan certeza sobre su origen ni la época en las que fueron tomadas. Por tal razón, no se les otorgará mérito probatorio alguno pues no fueron corroboradas con ningún otro medio de prueba***[13]*, pues de acuerdo con lo dicho por la Corte Constitucional, "el valor probatorio de las fotografías no depende únicamente de su autenticidad formal sino de la posibilidad de establecer si la imagen representa los hechos que se le atribuyen, y no otros diferentes en razón del tiempo, del lugar o del cambio de posición de los elementos dentro de la escena capturada. Para ello, el juez debe valerse de otros medios probatorios, apreciando razonablemente el conjunto"*[14]*."*[15] (Resaltado fuera de texto original).

En síntesis, para que las fotografías constituyan plena prueba de los hechos objeto del litigio, deben ser auténticas, contener una

---

[12] *Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera Subsección A. Sentencia del 10 de marzo de 2011. M.P. Mauricio Fajardo Gómez. De esta misma Corporación ver también las sentencias de la Sección Primera, proferidas el 30 de agosto de 2007 y el 25 de marzo de 2010. M.P. Ostau de Lafont Pianeta; y la sentencia de febrero 3 de 2002, Exp. 12.497.*
[13] *Al respecto, ver sentencias de febrero 3 de 2002, Exp: 12497; 25 de julio de 2002, Exp: 13811; 1° de noviembre de 2001, AP-263; y 21 de agosto de 2003, AP-01289.*
[14] *Corte Constitucional; Sentencia T-269 de 2012.*
[15] *Consejo de Estado. Sección Tercera, Subsección "C", sentencia de 7 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*

representación inmediata sobre las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las que fueron tomadas, así como estar soportadas con otros medios de convicción como los testimonios, confesión o documentos.

En este caso, de las fotografías aportadas por la parte demandante, **no es posible determinar el lugar ni la fecha en la que fueron tomadas**. Ya se ha dicho que para que puedan ser valoradas deben contener una representación del hecho que pretenden probar sin que se tenga que hacer un ejercicio de representación exhaustiva de su contenido. En las mismas se observa una reunión de personas pero no se allegaron otros medios de prueba que permitan inferir de quiénes se trataba y la época en que ocurrieron los hechos que representa, por lo tanto, su valor probatorio se desestima.

Precisado lo anterior y atendiendo los argumentos del recurso de apelación interpuesto por el actor, advierte la Sala que en el asunto bajo estudio no se logró acreditar la solidaridad, ayuda mutua y convivencia entre el demandante y la señora Yolanda Buitrago de Peña (q.e.p.d.), durante los cinco (5) años anteriores a su fallecimiento, tal como lo exige el ordinal a) del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, por las siguientes razones:

* En **audiencia inicial llevada a cabo el 17 de febrero de 2016**, el Juzgado Doce Administrativo Oral del Circuito de Tunja, decretó las pruebas solicitadas por las partes dentro del proceso de la referencia, entre otras las siguientes (fls. 191-194 y CD fl. 195):

◊ De la <u>parte demandante</u>, los testimonios de los señores **i)** REINALDO PEÑA BUITRAGO y **ii)** ANDREA SALAZAR.

◊ De la <u>parte demandada UGPP</u>, los testimonios de los señores **i)** CARLOS EDUARDO ESPINO CASTELLANOS y **ii)** TERESA NARVÁEZ ULLOA.

* No obstante, en **audiencia de pruebas del 30 de marzo de 2016**, la parte actora manifestó que fue imposible localizar a los testigos, ante lo cual la *a quo* ordenó que intentara ubicarlos nuevamente; y frente a los testigos solicitados por la UGPP, ordenó citarlos a la dirección que aparece en las declaraciones extraproceso que fueron rendidas ante la entidad (fls. 204-205 y CD fl. 206).

* Continuando con la **audiencia de pruebas el 14 de abril de 2016**, y en razón a que la testigo citada por la UGPP sí recibió la citación pero no compareció a declarar y el testigo no pudo ser ubicado, la juez de

instancia consideró inoficioso citarlos nuevamente y aceptó la solicitud de desistimiento de dichos testimonios, elevada por la entidad accionada (fl. 219 y CD fl. 220).

* Posteriormente, mediante **auto del 16 de junio de 2016**, atendiendo a que el actor no contaba con apoderado judicial que representara sus intereses[16], se ordenó requerir al demandante a efectos de que nombrara un abogado para así poder continuar con el trámite procesal (fl. 223).

* Teniendo en cuenta lo anterior, el **29 de agosto de 2016 se continuó con la audiencia de pruebas**, en la cual se reconoció personería para actuar al nuevo abogado designado por el demandante y se ordenó correr traslado a las partes para alegar de conclusión (fls. 242-243 y CD fl. 245).

Así pues, se advierte en primer lugar que las personas que declararon ante la Notaría Primera del Círculo de Fusagasugá (Carlos Eduardo Espino Castellanos y Teresa Narváez Ulloa), no fueron llamadas por la parte demandante a ratificar su dicho en sede judicial, sino que, por el contrario, ello fue solicitado como prueba testimonial por la entidad demandada y aun cuando fue decretada, la misma no pudo practicarse en razón a que los testigos no pudieron ser ubicados.

De igual manera, observa el Tribunal que por parte del actor no se desplegó ninguna actuación con el fin de recaudar efectivamente los testimonios que había solicitado y que le fueron decretados, por lo que el único elemento probatorio aportado a efectos de acreditar la convivencia con la causante durante los cinco años anteriores a su fallecimiento, fueron las dos declaraciones extrajuicio ya referidas.

Sobre el valor probatorio de dichas declaraciones, la Sala destaca el pronunciamiento que hiciera la Sección Tercera, Subsección B del Consejo de Estado en sentencia proferida el 14 de diciembre de 2016, Expediente No. 37.772, C.P. Dr. Ramiro Pazos Guerrero, en la cual se precisó que esas pruebas no pueden ser valoradas como testimonios, pero sí como documentos declarativos de terceros, en los siguientes términos:

> *"1. Si bien es cierto que con anterioridad se ha mantenido que no es procedente otorgarles a dichos medios de convicción la calidad de testimonios[17], esa circunstancia no impide que se valoren como documentos declarativos emanados de terceros, como pasa a verse.*

---

[16] *Revocatoria de poder aceptada el 7 de abril de 2016 (fls. 212-214).*
[17] *Al respecto véase, por ejemplo, la sentencia proferida por esta Subsección el 26 de julio de 2012, exp. 1999-00858 (ACU), C.P. Danilo Rojas Betancourth.*

*2. No desconoce la Sala que, efectivamente, las declaraciones extrajuicio son solamente pruebas sumarias, en la medida en que la parte contraria no pudo ejercer su derecho de contradicción al momento de la declaración, en la medida en que no fue citado a la misma y, por tanto, no pudo tachar al declarante, solicitar el rechazo de las preguntas realizadas -por improcedentes, superfluas o por insinuar la respuesta-, ni tampoco contrainterrogarlo.*

*3. Es por ello que, actualmente[18], **el artículo 229 del Código de Procedimiento Civil requiere para darles plena validez a estos medios de prueba que sean ratificados dentro del proceso**, esto es, que se realice nuevamente el interrogatorio sin permitirle al testigo leer su declaración anterior. Sin el cumplimiento de dicho requisito el valor demostrativo de la prueba testimonial se ve seriamente comprometido, de modo que no es susceptible de ser tenida en cuenta, a menos que la ley expresamente así lo faculte.*

*4. **Sin embargo, las declaraciones extrajuicio también tienen la naturaleza de pruebas documentales**, comoquiera que se trata de escritos o impresos de contenido declarativo, definición que se encuadra con lo señalado al respecto en el artículo 251 del Código de Procedimiento Civil[19].*

*(...)*
*5. Por ello, **aun cuando sea imposible otorgarles a las declaraciones extrajuicio el valor de testimonios, es viable darles el alcance de los documentos declarativos provenientes de terceros, teniendo en cuenta que en uno y otro caso el derecho de contradicción de la parte contraria se garantiza mediante diferentes vías**: así, mientras que en el primer caso se debe dar a la contraparte la posibilidad de participar en el interrogatorio o en su ratificación, para los documentos basta con correr traslado de los mismos, a fin de que el interesado pueda contradecirlos y, si es del caso, tacharlos de falso.*

*6. Ahora bien, este hecho no significa que su admisión, estándar probatorio y valoración deba adelantarse bajo supuestos menos estrictos; por el contrario, **la actividad probatoria debe adelantarse con el total cumplimiento de los requisitos exigidos para las pruebas documentales** en el capítulo VIII de la sección tercera del libro segundo del Código de Procedimiento Civil.*

*7. Por ello, **tras verificar su autenticidad** -circunstancia que normalmente podrá determinarse con facilidad, siempre que la declaración se haya rendido ante notario- **y después de haber sido decretada como prueba, debe correrse traslado de la declaración** por un periodo de cinco días, durante el cual podrá ser tachada de falsa. En dicha oportunidad **la parte contraria también podrá solicitar su ratificación, teniendo en cuenta que si no realiza tal petición, la prueba podrá ser valorada sin ninguna***

---

[18] *Cabe señalar que con anterioridad a la expedición de la Ley 1395 de 2010, sólo era procedente aportar la declaración extrajuicio como prueba anticipada únicamente cuando el deponente estaba gravemente enfermo.*
[19] *"Son documentos los escritos, impresos, planos, dibujos, cuadros, fotografías, cintas cinematográficas, discos, grabaciones magnetofónicas, radiografías, talones, contraseñas, cupones, etiquetas, sellos y, en general, todo objeto mueble que tenga carácter representativo o declarativo, y las inscripciones en lápidas, monumentos, edificios o similares (...)".*

***consideración adicional**, como lo disponen el numeral segundo del artículo 277 del Código de Procedimiento Civil*[20] *y el numeral segundo del artículo 10 de la Ley 446 de 1998*[21].

*8. Adicionalmente, **el juez al valorar los documentos contentivos de las declaraciones extrajuicio debe aplicar las reglas de la sana crítica de un modo aún más riguroso que si estuviera valorando la prueba testimonial respectiva**, teniendo en cuenta que **existe una menor inmediación entre el administrador de justicia y el medio de convicción. Por ello, debe realizar una lectura integral de todos los elementos contenidos en el escrito, verificar las condiciones personales del autor, así como la coherencia interna de sus dichos, la ciencia del conocimiento que tiene sobre los hechos y la coherencia externa del documento con los demás medios de prueba que obren en el plenario***[22]. (Destaca la Sala).

En ese sentido, salvo lo afirmado por los declarantes, quienes manifestaron que del conocimiento personal y directo que tenían de la señora Yolanda Buitrago de Peña (q.e.p.d.), sabían que convivió con el demandante de manera permanente e ininterrumpida desde la fecha del matrimonio hasta el día de su fallecimiento (CD fl. 119 – archivos zip 0803 y 0807), ninguna otra prueba demuestra la convivencia, solidaridad y ayuda mutua entre éstos durante los cinco años anteriores a la fecha del deceso, sino que por el contrario, se observa que:

**i)** El 28 de junio de 2001, la causante manifestó ante la demandada su decisión de que en caso de su fallecimiento, se excluyera como beneficiario de su pensión de jubilación a su cónyuge Uriel Peña Herrera.

**ii)** El 8 de mayo de 2003, liquidaron la sociedad conyugal mediante Escritura Pública No. 715.

**iii)** El demandante fue beneficiario del servicio de salud en

---

[20] *"Documentos emanados de terceros. Salvo disposición en contrario los documentos privados de terceros sólo se estimarán por el juez: (...) 2. Los documentos privados de contenido declarativo, se apreciarán por el juez sin necesidad de ratificar su contenido, salvo que la parte contraria solicite ratificación".*

[21] *"Para la solicitud, aportación y práctica de pruebas, además de las disposiciones generales contenidas en el Código de Procedimiento Civil y demás disposiciones se dará aplicación a las siguientes reglas: (...) 2. Los documentos privados de contenido declarativo emanados de terceros, se apreciarán por el juez sin necesidad de ratificar su contenido, salvo que la parte contraria solicite su ratificación".*

[22] *Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia de 29 de septiembre de 2015, exp. 37.939, C.P. Danilo Rojas Betancourth. El Ponente de esta sentencia advierte que se aparta del criterio adoptado por la Subsección, por considerar que las declaraciones extrajuicio carecen de valor probatorio porque no cumplen con los requisitos de ley, dado que no fueron ratificadas, tal como lo exigen los artículos 229, 298, 299 del Código de Procedimiento Civil. Por haber sido tomadas esas declaraciones por fuera del proceso, sin audiencia de la parte demandada y no haber sido ratificadas, carecen de eficacia probatoria. El hecho de constar en actas no muta la naturaleza de la prueba testimonial en prueba documental.*

CAJANAL E.P.S. desde 1995 hasta agosto de 2004 (fls. 341-342), en razón a la afiliación de la docente Yolanda Buitrago de Peña (q.e.p.d.), quien posteriormente se afilió a COOMEVA E.P.S. desde el 15 de septiembre de 2004 hasta la fecha de su fallecimiento (fl. 340), **sin** que incluyera como beneficiario del servicio de salud al demandante, quien, según su dicho en el libelo inicial (fls. 17-18) optó por la Dirección de Sanidad de la Policía Nacional (en virtud a la afiliación de su hijo Oficial (R) -fl. 14-), debido a la enfermedad catastrófica que padece con el fin de que le prestaran un mejor servicio y atención médica en sus tratamientos.

**iv)** No obstante lo anterior, tal como lo precisó la *a quo*, en la historia clínica del actor aportada al plenario se evidencia que el cáncer que padece actualmente el señor Peña Herrera fue diagnosticado en el año 2011.

Así las cosas, aun cuando el hecho de que las personas que conforman un matrimonio liquiden su sociedad conyugal (a pesar de que no terminen los demás efectos civiles del matrimonio católico como lo es el estado civil de la persona) es causal suficiente para perder aquél derecho al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes por cuanto, los haberes del pensionado o del afiliado dejan de ser parte de la masa patrimonial que alguna vez conformaron, **el cónyuge supérstite sí puede tener derecho al reconocimiento de la mencionada prestación, si demuestra el apoyo mutuo, la convivencia efectiva, la comprensión y la vida en común durante los últimos 5 años a la muerte del pensionado o afiliado, o en su defecto, que pruebe que la sociedad conyugal que conformó producto del matrimonio, no ha perdido los efectos patrimoniales**[23];

Ahora, no queda duda que al haber liquidado el demandante la sociedad conyugal con la causante en 2003, cesaron los efectos patrimoniales de ésta, sin que se acreditara en el plenario que posteriormente haya existido entre ellos una convivencia real y efectiva, por lo que el actor no formó parte del núcleo familiar de la señora Yolanda Buitrago de Peña (q.e.p.d.), es decir, no continuó entre éste y la docente la vocación de permanencia, afecto, solidaridad y socorro mutuo que caracteriza a la familia conforme al artículo 42 de la Constitución Política.

En consecuencia, encuentra la Sala que no le asiste al accionante el derecho a la sustitución de la pensión gracia, con ocasión del fallecimiento de la docente Buitrago de Peña, por lo que se confirmará la

---

[23] *Consejo de Estado. Sentencia del 15 de septiembre de 2016, Rad. Interno No. 1076-15, C.P. Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez.*

sentencia apelada que negó las pretensiones de la demanda.

En atención a ello, se ordenará remitir copia de la presente providencia a **i)** la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca y a **ii)** la UGPP, con el fin de que **cesen los efectos** del fallo proferido por dicha Corporación el 30 de julio de 2013, dentro de la acción de tutela instaurada por el aquí demandante y de la Resolución No. 037805 del 15 de agosto de 2013, expedida por dicha entidad, respectivamente.

### 5. CONDENA EN COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA

Teniendo en cuenta lo preceptuado en el artículo 188 del CPACA, en concordancia con los numerales 1° y 8° del artículo 365 del CGP, se condenará en costas a la parte vencida, pues (i) al demandante le fue resuelto desfavorablemente el recurso de apelación, y (ii) la entidad accionada tuvo actividad procesal al pronunciarse durante el traslado de alegatos de conclusión. Su liquidación, incluyendo las agencias en derecho, deberá ser llevada a cabo por el Despacho de primer grado siguiendo lo dispuesto en el artículo 366 del CGP[24].

## III. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto el Tribunal Administrativo de Boyacá, Sala de Decisión N° 4, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

**RESUELVE:**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida el 18 de noviembre de 2017 por el Juzgado Doce Administrativo Oral del Circuito de Tunja, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO:** Por Secretaría, **remitir** copia de la presente providencia a **i)** la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca y a **ii)** la UGPP, con el fin de que **cesen los efectos** del fallo proferido por dicha Corporación el 30 de julio de 2013, dentro de la acción de tutela instaurada por el aquí demandante y de la Resolución No. 037805 del 15 de agosto de 2013, expedida por dicha entidad, respectivamente, conforme a lo expuesto en precedencia.

---

[24] *Sobre la etapa procesal y la forma de liquidar las costas, incluyendo las agencias en derecho a cuyo pago se condena en segunda instancia, ver: TAB, 22 May. 2018, e150013333013201300095-01, F. Afanador.*

**TERCERO: CONDENAR** en costas a la **parte demandante y a favor de la entidad demandada UGPP**, de conformidad con lo previsto en el artículo 188 del CPACA y los numerales 1° y 8° del artículo 365 del CGP. Por Secretaría del Despacho de primera instancia, procédase a la liquidación correspondiente, incluyendo las agencias en derecho, de acuerdo con lo establecido en el artículo 366 *ídem*.

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

Esta providencia se estudió y aprobó en la Sala según acta de la fecha.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,**

**JOSÉ ASCENCIÓN FERNÁNDEZ OSORIO**
**Magistrado**

**ÓSCAR ALFONSO GRANADOS NARANJO**
**Magistrado**

**FÉLIX ALBERTO RODRÍGUEZ RIVEROS**
**Magistrado**

***HOJA DE FIRMAS***
*Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho*
*Rad. No. 150013333012-**2015-00099**-01*
*Demandante: URIEL PEÑA HERRERA*
*Demandado: UGPP*

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO
DE BOYACÁ
114 de hoy 2019