



RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL CAUCA

Acción o medio de control. Nulidad y restablecimiento del derecho.
Radicado. 19001333100620090044101
Demandante. Rosa Tulia Ordóñez Ortiz
Demandado. Caja Nacional de Previsión CAJANAL E.IC.E. - hoy UGPP
Fecha de la sentencia. Diez de marzo de dos mil dieciséis.
Magistrado ponente. CARMEN AMPARO PONCE DELGADO
Descriptor. Aspectos probatorios.
Restrictor 1. Pruebas no tenidas en cuenta en sede judicial/ Declaraciones extra juicio no ratificadas.
Restrictor 2. Testimonios rendidos ante notario, sin citación de la parte contraria.
Resumen del caso. Solicitud de reconocimiento de pensión de sobrevivientes por parte de quien arguye ser compañera permanente.
Problemas jurídicos. Consiste en determinar si a la demandante, en calidad de compañera permanente que alega tener, le asiste derecho al reconocimiento de la sustitución de la pensión de jubilación causada con motivo de la muerte del causante.
Decisión. Confirma decisión del a quo que denegó pretensiones.
Razón de la decisión. <i>En la demanda se afirmó que la actora convivió con el señor Guillermo Ordoñez Fernández en calidad de compañera, por un tiempo aproximado de 17 años hasta el día de la muerte de éste.</i> <i>Como prueba se aportan las declaraciones extrajuicio de las señoras María Ayda Alegría y Graciela Cifuentes de Burbano, sin embargo, se observa que no se surtió el trámite de la ratificación.</i> <i>Si bien, en la demanda se solicitó la ratificación de la prueba, esta fue negada por el A quo, decisión que quedó en firme, al no ser recurrida por el apoderado.</i> (...) <i>Al respecto, se debe indicar que esta Sala acoge la tesis planteada por la subsección “B” de la Sección Tercera del Consejo de Estado. Las declaraciones se aportan como prueba en un proceso judicial, de acuerdo a las normas que rigen la materia probatoria, en particular el contenido del artículo 299 del Código de Procedimiento Civil, establece que el testimonio rendido ante notarios sin citación de la parte contraria, sólo puede ser tenido en cuenta como prueba sumaria para aquellos asuntos en los que la ley autoriza esta clase de prueba, que no es el caso de las acciones judiciales, precisamente, porque en curso de ellas se puede recaudar la versión de los hechos de quienes tengan conocimiento del asunto a través de la prueba testimonial, en la que se garantiza el derecho al debido proceso y de defensa de la contraparte. De manera que, en este caso en particular, no pueden ser valoradas las declaraciones extrajuicio aportadas por la demandante.</i>

(...)

Frente a ello, se ha precisado que las pruebas recaudadas en un proceso distinto pueden ser valoradas dentro del proceso contencioso administrativo, aunque no hayan sido practicadas a petición de la parte contra quien se aduce o con audiencia de ella, ni hayan sido objeto de ratificación, si las dos partes solicitan su traslado o el mismo, se da con la anuencia de ellas, pues se ha entendido que es contrario a la lealtad procesal que una de las partes solicite que dichas pruebas hagan parte del acervo probatorio, pero que luego de resultar desfavorables a sus intereses, invoque formalidades legales para su inadmisión. En este caso, CAJANAL como entidad demandada, no hizo parte del proceso donde se practicaron las pruebas de manera que no tuvo oportunidad de controvertir los testimonios y tampoco avaló su traslado, por esa razón, la Sala no dará valor probatorio a los mencionados testimonios.

(...)

En relación con la pretensión de sustitución pensional de la señora Rosa Tulia Ordoñez Ortiz que se fundamenta en su calidad de compañera permanente, se tiene, que ante la ausencia de pruebas válidas que sustenten tal condición no se acreditó el requisito básico que la norma exige para reconocerle el beneficio de la sustitución.

Es preciso señalar que, probar los hechos que interesen al demandante es una carga que no puede suplir la Sala, debido que es al interesado en que se le apliquen los beneficios que determinada norma establece en quien radica la obligación de probar debidamente el supuesto de hecho que la misma exige, lo contrario equivaldría a trasladar la carga de la prueba al fallador, quien si bien tiene el deber de interpretar la demanda y de decretar pruebas de oficio, no puede remediar la inactividad del accionante, ni actuar como si fuera tal. Sobre todo cuando la ley le impone esa obligación en el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil que prevé: “Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen”.

Así las cosas, la Sala confirmará la sentencia de primera instancia que negó las pretensiones de la demanda a la señora Rosa Tulia Ordoñez Ortiz.

Observación del Despacho sobre la relevancia de la sentencia (el por qué de su novedad, su reiteración de posición, su cambio de postura jurisprudencial). En la sentencia no se da valor probatorio a las declaraciones extra juicio. El testimonio rendido ante notario sin citación de la parte contraria, sólo puede ser tenido en cuenta como prueba sumaria para aquellos asuntos en los que la ley autoriza esta clase de prueba, que no es el caso de las acciones judiciales.

Nota de Relatoría. La sentencia destaca la relevancia de los elementos probatorios sometidos al ámbito judicial. La ritualidad de la prueba en materia judicial no es excesiva, se enmarca dentro del respeto al **derecho al debido proceso** que el legislador ha dispuesto y la jurisprudencia ha acentuado, debe asegurarse a todas las partes inmersas dentro de la mencionada naturaleza de proceso.



**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL CAUCA**

-SALA DE DECISIÓN 001-

SENTENCIA NR 010

Popayán, diez (10) de marzo de dos mil dieciséis (2016).

Magistrado Ponente	: Dra. Carmen Amparo Ponce Delgado
Referencia	: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicación	: 19001333100620090044101
Demandante	: Rosa Tulia Ordóñez Ortiz
Demandado	:Caja Nacional de previsión CAJANAL E.IC.E. - hoy UGPP

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la demandante contra la sentencia No. 146 de septiembre 30 de 2014, mediante la cual el Juzgado Sexto Administrativo de Descongestión del Circuito de Popayán negó las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

A. LA DEMANDA

1. Pretensiones (f. 30 ib)

“Primera: Que se declare la nulidad de las resoluciones Nos. 54002 del 4 de noviembre de 2008 y 09121 del 25 de Febrero de 2009, por la cual se niega la pensión de sobreviviente del señor Guillermo Ordoñez Fernández a favor de la señora Rosa Tulia Ordoñez Ortiz en calidad de compañera permanente.

Segunda: Que como consecuencia de la nulidad anterior y a título de restablecimiento del derecho, se Condene a la Caja Nacional de Previsión E.I.C.E. A reconocer y pagar a mi mandante Rosa Tulia Ordoñez Ortiz, identificada con la cédula de ciudadanía No. 34.534.144 de Popayán, el beneficio de sustitución pensional Vitalicia a que tiene derecho en un ciento por ciento (100%) con efectividad al 19 de abril de 1998. fecha de fallecimiento del señor Guillermo Ordoñez Fernández.

Tercera: Así mismo, que la Caja Nacional de Previsión Social está obligada a reconocer y pagar a la demandante la indexación de las sumas adeudadas, los reajustes legales, las primas legales y demás beneficios consagrados por la ley a favor de los pensionados.

Cuarta: La entidad demandada dará cumplimiento al fallo que le ponga fin a la presente demanda, dentro de los treinta (30) días siguientes a su ejecutoria.

Quinta: Condenar a la entidad demandada al pago de los intereses moratorios conforme lo establece el artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

Sexta: Condenar a la entidad demandada a las costas y agencias en derecho a que haya lugar.”

2. Hechos (f. 31 ib)

La Caja Nacional de Previsión Social CAJANAL, reconoció una pensión de jubilación a favor del señor Guillermo Ordoñez Fernández, y con motivo de la muerte de éste, mediante Resolución No. 06898 del 7 de julio de 1989, dispuso la sustitución definitiva de la prestación a favor de las menores hijas del causante:

Sandra Esperanza y Lorena Paola Ordóñez Ordóñez, a través de su representante legal y madre, la señora Rosa Tulia Ordoñez Ortiz; el reconocimiento y pago quedó sujetó a una condición resolutoria, hasta el cumplimiento de la mayoría de edad por parte de las menores.

En la misma resolución la entidad negó la sustitución a la señora Carlina Fuentes de Ordoñez, quien la había solicitado en calidad de cónyuge supérstite; la negativa se sustentó en que si bien a la fecha de muerte del causante mantenían el vínculo, no hacían vida marital, sin que por otro lado hubiera demostrado que no dio lugar a ello, no obstante, posteriormente mediante Resolución 0450 de 1991 se le reconoció la sustitución pensional en forma vitalicia en cuantía de un 50% del total y el 50% restante se sustituyó proporcionalmente entre las menores hijas. La señora Fuentes de Ordóñez falleció el 1º de septiembre de 1999.

Posteriormente la señora Rosa Tulia Ordoñez Ortiz, madre y representante legal de las menores a quienes se les reconoció el 50% de la pensión de sobreviviente, solicitó a CAJANAL E.I.C.E. el reconocimiento de la sustitución pensional, alegando la calidad de compañera permanente del causante, y haber convivido con él durante los últimos 17 años de vida.

Sin embargo, la entidad le negó la sustitución sin tener *“...en cuenta la prueba de convivencia allegada oportunamente a la reclamación inicial, toda vez que al estudiar el expediente el sustanciador debió dejar en suspenso el 50% de la pensión de sobrevivencia, por cuanto había controversia en las declaraciones de la cónyuge y de la compañera, lo cual no sucedió, por lo tanto se debe suspender el 50% hasta que el Juez dirima el conflicto como lo establece la ley. Igualmente la Caja Nacional no revisó la documentación y las pruebas que fueron aportadas oportunamente y que demuestran la convivencia de mi mandante con el señor Guillermo Ordóñez Fernández”*.

3. Argumentos jurídicos (f. 32-34 ib)

Se acusa la violación de la Ley 33 del 31 de diciembre de 1973, artículo 1 y 2, en concordancia con los artículos 1 y 2 de la ley 12 de 1975, artículo 57 del decreto 1848 de 1969 y artículo 47 del decreto 7777 de 1978 y la ley 44 de 1977, en su artículo 1 y 47 de la ley 100 de 1993.

B. ARGUMENTOS DE LA DEFENSA

La apoderada de CAJANAL E.I.C.E. se opone a la demanda, señalando: que el Decreto 1160 de 1989 establece el derecho a la sustitución pensional, entre otros sujetos, a favor de los cónyuges o compañeros permanentes del causante, siempre que éste hubiera completado requisitos para obtener pensión de jubilación, vejez o invalidez; que en todo caso, es necesario acreditar convivencia y dependencia económica con el causante según la jurisprudencia constitucional; y que, en el caso concreto no existen elementos que permitan tener a la demandante como beneficiaria de la sustitución pensional que reclama (f. 55-58 ib).

Como excepciones plantea las que denominó: i) cobro de lo no debido, ii) prescripción y la iii) innominada.

C. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante sentencia No. 146 de septiembre de 2014, el Juzgado Sexto Administrativo de Descongestión del Circuito de Popayán resolvió: (f. 127-159 ib):

“PRIMERO: NEGAR las pretensiones de la demanda, por los motivos expuestos en los fundamentos de esta sentencia.

SEGUNDO: Sin costas.

TERCERO: Si la presente providencia no fuere recurrida dentro del término legal ORDENAR a la Secretaría la devolución de los remanentes a la parte actora y proceder al archivo definitivo del expediente.

CUARTO: La Secretaría del Despacho realizará las anotaciones respectivas en el sistema de registro judicial siglo XXI.

QUINTO: Se reconoce personería para actuar al Dr. CARLOS ALBERTO VÉLEZ ALEGRÍA identificado con cédula de ciudadanía No. 76.328.346 de Popayán, TP No. 151741 del C.S. de la J. como apoderado de la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL –UGPP, en los términos y para los fines del poder a él conferido obrante a folio 120 del cuaderno principal.”

La decisión se sustentó en que no existían elementos probatorios suficientes y precisos que acreditaran la convivencia efectiva de la señora Rosa Tulia Ordoñez Ortiz y el señor Guillermo Ordoñez por esa razón negó las pretensiones de la demanda.

D. RECURSO DE APELACIÓN (f. 103-105 ib)

La apoderada de la demandante apeló la sentencia de primera instancia, para solicitar su revocatoria en cuanto le niega el reconocimiento de la sustitución pensional a la señora Rosa Tulia Ordoñez Ortiz.

Señala “que no comparte el criterio del juzgador en tanto se dejó de apreciar las pruebas aportadas al proceso y cuyos originales reposan en el expediente administrativo, si tienen valor probatorio, teniendo en cuenta que al elaborar el acto administrativo que reconoció la sustitución pensional a favor de la señora Carlina fuentes de Ordoñez y que en el mismo fue negada la sustitución pensional en favor en favor de la señora Rosa Tulia Ordoñez Ortiz con argumentos poco convincentes, habida cuenta que al aplicar la Ley 33 de 1973 y el Decreto 1160 de 1989, normas con las cuales se fundamentó el acto administrativo que reconoció la SUSTITUCIÓN PENSIONAL a pesar de que el acto fue fundamentado con pruebas deficientes”.

E. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

- De la parte demandante

Insiste en los argumentos de apelación, y señala que, a pesar de haber incongruencias en las declaraciones presentadas por la señora Carlina Fuentes de

Ordóñez, esposa del pensionado al momento de su fallecimiento no convivía con él, toda vez que la convivencia era con la señora Rosa Tulia Ordóñez.

Solicita tener en cuenta toda la documentación anexada en la demanda y las solicitadas en la misma a la Caja Nacional de Previsión.

- De la entidad demandada

La Caja Nacional de Previsión CAJANAL no aportó al proceso alegatos de conclusión.

F. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

La Procuradora 40 Judicial II Administrativa delegada ante esta Corporación manifestó *“la imposibilidad de rendir concepto de fondo en tiempo oportuno, en consideración a que el Despacho no cuenta con el personal suficiente que permita realizar un estudio detenido de todos los procesos allegados en el término dispuesto en la Ley 1395 de 2010, toda vez que como Procuradora Judicial II administrativa debo intervenir en los procesos orales asignados y adelantar el proceso conciliatorio extrajudicial”* (f. 179).

II. CONSIDERACIONES

1. COMPETENCIA

Esta Corporación es competente para conocer de los recursos de apelación interpuestos contra las sentencias de primera instancia dictadas por los Juzgados Administrativos del Circuito de Popayán, conforme lo establecido en el artículo 133 numeral 1 del Decreto 01 de 1984 (C.C.A.), norma que resulta aplicable en el caso concreto en tanto que el proceso fue promovido con anterioridad al 02 de julio de 2012, fecha en que entró a regir la Ley 1437 de 2011, mediante la cual se expidió el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

2. EJERCICIO OPORTUNO DE LA ACCIÓN

Teniendo en cuenta que se juzga la legalidad de actos administrativos que resuelven sobre una prestación periódica, de acuerdo con el artículo 136, numeral 2º del C.C.A. y la jurisprudencia del Consejo de Estado¹, la acción de nulidad y restablecimiento no está sometida a término de caducidad.

3. PROBLEMA JURÍDICO

Consiste en determinar si a la demandante Rosa Tulia Ordoñez Ortiz, le asiste derecho al reconocimiento de la sustitución de la pensión de jubilación causada con motivo de la muerte del señor Guillermo Ordoñez Fernández, en calidad de compañera permanente que alega tener.

Al efecto la Sala delimitará, primero, los hechos relevantes a partir de las pruebas regular y oportunamente allegadas al plenario, en segundo término, el marco regulatorio de la sustitución de la pensión de jubilación, el derecho que le asiste a los compañeros permanentes, y en tercer lugar, se analizará el caso concreto.

3. LO PROBADO EN EL PROCESO

i) Muerte del señor Guillermo Ordoñez Fernández

Certificado de defunción emitido por la Notaria primera de Popayán, da cuenta que la muerte del señor Guillermo Ordoñez Fernández ocurrió el 19 de abril de 1988 (f. 21 c.ppal).

ii) Reconocimiento de la sustitución pensional: los actos demandados

- Según los actos demandados, con posterioridad a la muerte del señor Guillermo Ordoñez Fernández, con el propósito de reclamar el reconocimiento de la sustitución de la pensión de jubilación de la que era beneficiario desde el **11 de abril de 1970** (fl. 38 c. pruebas) se presentaron ante CAJANAL las siguientes solicitudes:

¹ C.E. Sección Segunda, Subsección B, CP. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, providencia de 2 de octubre de 2008, exp. 0363-08.

- Petición de **02 de junio de 1988**, presentada por la señora Carlina Fuentes de Ordoñez como cónyuge supérstite del causante, en la que reclama el reconocimiento de la sustitución pensional; y
 - Petición de **25 de julio de 2007**, de la señora Rosa Tulia Ordoñez Ortiz, quien pidió para sí, en calidad de compañera permanente, y para su hija que se encuentra en situación de discapacidad, el reconocimiento y pago de la pensión de sobreviviente.
- Mediante la **Resolución No. 06898 del 07 de julio de 1988**, la Caja Nacional de Previsión CAJANAL resolvió la solicitud realizada por la señora Carlina Fuentes de Ordoñez, así (fl. 141 c. pruebas 1):
- *“Denegar la sustitución pensional a la señora CARLINA FUENTES DE ORDOÑEZ, por cuanto uno de los requisitos establecidos para el reconocimiento de la sustitución pensional es que el cónyuge supérstite haya convivido con el causante hasta el momento de su fallecimiento; requisito este que no se da, puesto que la señora CARLINA FUENTES DE ORDOÑEZ, a pesar de que aún se encontraba el vínculo matrimonial existente y no se encontraba separada de cuerpos legalmente del señor GUILLERMO ORDOÑEZ FERNANDEZ”.*
 - *“Sustituir la pensión de jubilación en favor de la señora Rosa Tulia Ordoñez Ortiz como representante legal de sus menores hijas, hasta que cumplan la mayoría de edad o acrediten sus estudios”.*
- La señora Carlina Fuentes de Ordoñez, mediante apoderado solicitó el 27 de junio de 1991 la revocatoria de la resolución N° 06898, que le negó la sustitución pensional en calidad de cónyuge supérstite.
- Mediante **Resolución No. 000450 del 25 de enero de 1995**, CAJANAL resolvió el recurso argumentando que *por error involuntario en la interpretación de la normatividad se negó la sustitución pensional* a la señora CARLINA FUENTES DE ORDOÑEZ y resolvió modificar el artículo 1° de la resolución 06898 de julio de 1989 en el sentido de indicar que:

“Se sustituye en forma vitalicia la pensión que en vida disfrutó el señor GUILLERMO ORDOÑEZ FERNANDEZ a favor de la señora CARLINA FUENTES DE ORDOÑEZ identificada en calidad de cónyuge efectiva a partir de abril 20 de 1988 día siguiente al fallecimiento pero con efectos fiscales a partir de la fecha en que sea incluida en nómina en cuantía del 50% del total. El 50% restante, se sustituye proporcionalmente entre las hijas menores”. (f.163 c. pruebas 1)”.

- A través de **Resolución 54042 del 04 de noviembre de 2008** la Caja Nacional de Previsión CAJANAL resolvió la solicitud realizada por la señora Rosa Tulia Ordoñez el 28 de julio de 2007, la cual fue confirmada por **Resolución 09132 de 2009** en los siguientes términos: (fl. 729 c. pruebas 4)

- *“Respecto a la solicitud de la sustitución de la señora Rosa Tulia Ordoñez Ortiz, no es procedente puesto que la persona amparada por la ley es la esposa tal y como quedó estipulado en la Resolución 450 del 25 de enero de 1995, con fundamento en los artículos 2 y 3 de la ley 12 de 1975”.*

- *“En cuanto a la solicitud de la sustitución a la hija inválida la señora Sandra Esperanza Ordoñez Ordoñez, no se reconoció argumentando que no se allegó el certificado de la junta regional de calificación de la invalidez, en donde se estipulara el porcentaje de incapacidad y la fecha de estructuración de la misma. Y el documento que aparece en el expediente con respecto a la invalidez de la referencia, es de CAJANAL E.P.S CAUCA de fecha 09 de julio de 2004, por lo que no es posible establecer desde cuando presenta esa incapacidad la cual es fundamental para la designación de la sustitución de la pensión como hija inválida del causante”.*

iii) De la convivencia y dependencia económica de la demandante

En la demanda se afirmó que la actora convivió con el señor Guillermo Ordoñez Fernández en calidad de compañera, por un tiempo aproximado de 17 años hasta el día de la muerte de éste.

Como prueba se aportan las declaraciones extrajuicio de las señoras María Ayda Alegría y Graciela Cifuentes de Burbano, sin embargo, se observa que no se surtió el trámite de la ratificación.

Si bien, en la demanda se solicitó la ratificación de la prueba, esta fue negada por el A quo, decisión que quedó en firme, al no ser recurrida por el apoderado.

Respecto a la valoración en sede judicial de las declaraciones extrajuicio, la posición del Consejo de Estado no ha sido unánime. Por un lado, la Sección Segunda – Subsección “A” en sede de tutela, en sentencia del 2 diciembre de 2015, sostuvo que: *“Conforme a la doctrina constitucional relacionada en el acápite precedente, observa esta Sala que el Tribunal Administrativo del Cauca, en la sentencia objeto de reproche constitucional que confirmó el fallo de primera instancia que había negado las súplicas de la demanda, incurrió en defecto fáctico y en defecto procedimental por exceso ritual al realizar una valoración probatoria que no se estima razonable al no reconocer la pensión de sobreviviente a la señora ANA MARLEN GUATAQUIRA CARRANZA por negar valor probatorio a las declaraciones extrajuicio presentadas en ese sentido durante el trámite administrativo y en el proceso ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo. (...)”*² acogiendo la tesis de la Corte Constitucional, Sentencia T- 136 de 2011 la cual señaló:

“Las declaraciones extrajuicio de allegados al actor, constituyen un medio probatorio admisible para acreditar la dependencia económica del mismo, pues, con base en lo establecido en el artículo 25 de la Ley 962 de 2005, en los que se requiera de testigos para acreditar hechos ante una entidad de previsión o seguridad social responsable del reconocimiento o pago de pensiones, no está prohibido acudir a este medio. Por tanto, la Sala concluye que el demandante si cumple con el presupuesto de la dependencia económica.”

Por otro lado, la Sección Tercera Subsección “B” en sentencia del 05 de marzo de 2015, precisó respecto a la validez de las declaraciones extrajuicio allegadas a un proceso judicial, que *“se debe surtir el trámite previsto para la ratificación en los términos de los artículos 229, 298 y 299 del Código de Procedimiento Civil y cuando no se surte este trámite dentro del proceso en el que se intenta hacer valer, no pueden ni siquiera tenerse las declaraciones extrajuicio como indicio, en la medida que no se garantizaría el principio de contradicción y de defensa de la parte contraria. En todo caso, las mismas solo pueden ser tenidas en cuenta como prueba*

² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “A”, 02 de diciembre de 2015, MP. Gabriel Valbuena Hernández, Rad. 11001-03-15-00-2015-02622-00

sumaria, a la luz del artículo 299 del C.P.C, en los eventos en que hayan sido de pleno conocimiento de la parte demandada, durante el debate procesal.”³

Al respecto, se debe indicar que esta Sala acoge la tesis planteada por la subsección “B” de la Sección Tercera del Consejo de Estado. Las declaraciones se aportan como prueba en un proceso judicial, de acuerdo a las normas que rigen la materia probatoria, en particular el contenido del artículo 299 del Código de Procedimiento Civil , establece que el testimonio rendido ante notarios sin citación de la parte contraria, sólo puede ser tenido en cuenta como prueba sumaria para aquellos asuntos en los que la ley autoriza esta clase de prueba, que no es el caso de las acciones judiciales, precisamente, porque en curso de ellas se puede recaudar la versión de los hechos de quienes tengan conocimiento del asunto a través de la prueba testimonial, en la que se garantiza el derecho al debido proceso y de defensa de la contraparte. De manera que, en este caso en particular, no pueden ser valoradas las declaraciones extrajudicio aportadas por la demandante.

También obran testimonios de los señores Arsenio Fuentes Ortega Y Josefina Moncayo de Hurtado rendidos dentro del proceso de alimentos promovido en su momento por la señora Carlina Fuentes contra Guillermo Ordoñez Fernández, ante el Juez Segundo Civil Municipal, al respecto, el art. 185 del C.P.C., aplicable al procedimiento contencioso administrativo en virtud de lo señalado en el art. 267 del C.C.A., dispone que las pruebas practicadas válidamente en un proceso foráneo podrán trasladarse a otro en copia auténtica y serán apreciables, sin más formalidades, *“siempre que en el proceso primitivo se hubieran practicado a petición de la parte contra quien se aduce o con audiencia de ella”*. (fl. 491 c. pbas. 3)

Frente a ello, se ha precisado que las pruebas recaudadas en un proceso distinto pueden ser valoradas dentro del proceso contencioso administrativo, aunque no hayan sido practicadas a petición de la parte contra quien se aduce o con audiencia de ella, ni hayan sido objeto de ratificación, si las dos partes solicitan su traslado o

³ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección “B” sentencia del 05 de marzo del 2015, rad.37310, MP. Ramiro Pazos Guerrero.

el mismo, se da con la anuencia de ellas, pues se ha entendido que *es contrario a la lealtad procesal que una de las partes solicite que dichas pruebas hagan parte del acervo probatorio, pero que luego de resultar desfavorables a sus intereses, invoque formalidades legales para su inadmisión.*⁴ En este caso, CAJANAL como entidad demandada, no hizo parte del proceso donde se practicaron las pruebas de manera que no tuvo oportunidad de controvertir los testimonios y tampoco avaló su traslado, por esa razón, la Sala no dará valor probatorio a los mencionados testimonios.

5. SUSTITUCIÓN DE LA PENSION DE JUBILACION: MARCO REGULATORIO ALCANCE DEL DERECHO DE LOS COMPAÑEROS PERMANENTES

El derecho a la sustitución pensional responde a la necesidad de mantener para los los familiares del afiliado o del pensionado que fallece, un marco de protección frente a las contingencias económicas derivadas de su muerte. Es una protección directa a la familia, cualquiera que sea su origen o fuente de conformación, matrimonio o unión de hecho.

En ese sentido, el artículo 46 de la ley 100 de 1993 señala que la pensión de sobrevivientes es una prestación económica reconocida a favor del grupo familiar del pensionado por vejez o invalidez por riesgo común, que fallece, y *tiene por finalidad proteger a los miembros de dicho grupo del posible desamparo al que se pueden enfrentar por razón de la muerte del causante, en tanto antes del deceso dependían económicamente de aquél.*⁵ De esta manera, con la pensión de sobrevivientes se pretende garantizar a la familia del causante el acceso a los recursos necesarios para garantizarse una existencia digna y continuar con un nivel de vida similar al que poseían antes de su muerte.⁶

⁴ Sentencia Consejo de Estado, Sección Tercera- Subseccion B, (Mp. Ramiro Pazos Guerrero) Rad. 050012331000200403617-01

⁵ Sentencias T-089 de 2007 (MP. Manuel José Cepeda Espinosa, T-606 de 2005 (MP. Marco Gerardo Monroy Cabra), T-424 de 2004 (MP. Álvaro Tafur Galvis), T-1283 de 2001 (MP. Manuel José Cepeda Espinosa)

⁶ Sentencias T-813 de 2002 (MP. Alfredo Beltrán Sierra) y T-789 de 2003 (MP. Manuel José Cepeda Espinosa).

La sustitución pensional fue regulada inicialmente por el artículo 92 del Decreto 1848 de 1969 a favor de la cónyuge y los hijos menores de 18 años o incapacitados para trabajar por razón de estudios o invalidez, del empleado pensionado por invalidez, jubilación o retiro por vejez, quienes tendrían el derecho a percibirla durante los dos años siguientes al fallecimiento del pensionado.

La Ley 33 de 1973, transformó en vitalicias las pensiones de las viudas y de los hijos que sustituían la prestación del empleado fallecido.

La Ley 12 de 1975, en su artículo 1, incluyó como beneficiaria de la sustitución pensional a la compañera permanente del pensionado fallecido con el siguiente tenor literal:

“El cónyuge supérstite o la compañera permanente de un trabajador particular o de un empleado o trabajador del sector público, y sus hijos menores o inválidos, tendrán derecho a la pensión de jubilación del otro cónyuge si este falleciere antes de cumplir la edad cronológica para esta prestación, pero que hubiere completado el tiempo de servicio consagrado para ella en la ley, o en convenciones colectivas”.

La Ley 44 de 1980, estableció el procedimiento de traspaso y pago oportuno de las sustituciones pensionales permitiéndole al pensionado modificar los beneficiarios de la sustitución pensional a través de memorial dirigido a la entidad correspondiente indicando sus nombres y en el parágrafo del artículo 1 dispuso:

“ARTÍCULO 1o. El pensionado oficial que desee facilitar el traspaso de su pensión en caso de muerte a su cónyuge, sus hijos menores o inválidos permanentes, deberá dirigir un memorial en tal sentido a la entidad pagadora, en el cual indique la Resolución que le reconoció la pensión y el nombre de aquel o aquellos, adjuntando las respectivas partidas de matrimonio y de nacimiento, si entre los beneficiarios hay algún inválido permanente, deberá someterlo a examen médico de la entidad para que dictaminen sobre la calidad de la invalidez, o de los médicos que dicha entidad señale, a falta de médicos a su servicio. La solicitud se presentará por duplicado a fin de que un ejemplar se adhiera a la Resolución de pensión y el otro se devuelva al solicitarlo con la constancia de su presentación.

PARAGRAFO. El hecho de que el pensionado no hubiera revocado antes de su fallecimiento el nombre de su cónyuge, establece en favor de este la presunción legal de no haberse separado de él por su culpa.”.

La Ley 113 de 1985, adicionó la Ley 12 de 1975 en el sentido de entender que es cónyuge supérstite la persona con la que se encuentre vigente el vínculo matrimonial; además, extendió el derecho a la sustitución en los casos en que el empleado fallecido no hubiere sido pensionado aún pero que tuviera los requisitos para ello y también a la compañera permanente.

La Ley 71 de 1988 en su artículo 3, extendió las previsiones sobre sustitución pensional previstas en las normas anteriores a los padres o hermanos inválidos que dependan económicamente del pensionado estableciendo las siguientes condiciones:

- “1. El cónyuge sobreviviente o compañero o compañera permanente, tendrán derecho a recibir en concurrencia con los hijos menores o inválidos por mitades la sustitución de la respectiva pensión con derecho a acrecer cuando uno de los dos órdenes tengan extinguido su derecho. De igual manera respecto de los hijos entre sí.
2. Si no hubiere cónyuge o compañero o compañera permanente, la sustitución de la pensión corresponderá íntegramente a los hijos menores o inválidos por partes iguales.
3. Si no hubiere cónyuge supérstite o compañero o compañera permanente, ni hijos menores o inválidos, la sustitución de la pensión corresponderá a los padres.
4. Si no hubiere cónyuge supérstite, compañero o compañera permanente, ni hijos menores o inválidos, ni padres, la sustitución de la pensión corresponderá a los hermanos inválidos que dependan económicamente del causante”.

A su vez, la Ley 100 de 1993, en su artículo 47, determinó los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, así:

- a. En forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite.
- 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 por lo menos desde el momento en que este cumplió con los requisitos para tener derecho a una pensión de vejez o invalidez, y hasta su muerte, y haya convivido con el fallecido no menos de dos (2) años continuos con anterioridad a su muerte, salvo que haya procreado uno o más hijos con el pensionado fallecido;

b. Los hijos menores de 18 años; los hijos mayores de 18 años y hasta los 25 años, incapacitados para trabajar por razón de sus estudios y si dependían económicamente del causante al momento de su muerte; y, los hijos inválidos si dependían económicamente del causante, mientras subsistan las condiciones de invalidez.

c. A falta de cónyuge, compañero o compañera permanente e hijos con derecho, serán beneficiarios los padres del causante si dependían económicamente de éste.

d. A falta de cónyuge, compañero o compañera permanente, padres e hijos con derecho, serán beneficiarios los hermanos inválidos del causante si dependían económicamente de éste". (Aparte tachado inexecutable por la Corte Constitucional en sentencia C-111-06 de 22 de febrero de 2006, M.P. Dr. Rodrigo Escobar Gil).

La norma anterior fue modificada por la Ley 797 de 2003, ampliando el plazo de convivencia exigido a 5 años y reguló, entre otras, las situaciones en que se presenta convivencia simultánea, vigencia de unión de hecho y vínculo matrimonial con separación de hecho.

En efecto, el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, dispone:

"ARTICULO 47. Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:

En forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite.

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 dos (2) años continuos con anterioridad a su muerte, salvo que haya procreado uno o más hijos con el pensionado fallecido;(...)".

Se desprende de la norma transcrita que, para acceder a la pensión de sobrevivencia, la cónyuge o compañera permanente, debe acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y convivió con el fallecido, no menos de dos años continuos con anterioridad a ese suceso.

En el caso bajo estudio, la demandante solicita la aplicación retroactiva de la mencionada Ley 100 de 1993, sin embargo al momento del fallecimiento del causante no estaba en vigencia ese sistema general de pensiones, de conformidad con lo establecido en el artículo 151:

ARTICULO. 151.-VIGENCIA DEL SISTEMA GENERAL DE PENSIONES. El sistema general de pensiones previsto en la presente ley, regirá a partir del 1º de abril de 1994. No obstante, el gobierno podrá autorizar el funcionamiento de las administradoras de los fondos de pensiones y de cesantía con sujeción a las disposiciones contempladas en la presente ley, a partir de la vigencia de la misma.

En vista de que el causante falleció el 19 de abril de 1988, la norma aplicable al caso para efecto de determinar la sustitución pensional es la ley 33 de 1973.

6. EL CASO CONCRETO

Las pruebas aportadas al expediente dan cuenta que al señor Guillermo Ordoñez Fernández le fue reconocida pensión de jubilación efectiva a partir del 11 de abril de 1970, y que el 19 de abril de 1988 murió, estando en goce de dicha prestación.

También evidencian que la entidad demandada reconoció a las dos hijas menores del causante un porcentaje del 50% de la sustitución, distribuido en partes iguales, y el otro 50% a la señora Carlina Fuentes de Ordoñez, ésta última reconocida ante la entidad y dentro de la actuación administrativa como cónyuge del causante.

Posteriormente, ante la muerte de la señora Carlina Fuentes a quien se le hubiera reconocido la pensión de sobreviviente en calidad de cónyuge supérstite del causante y de cumplirse la condición resolutoria establecida respecto de las hijas del señor Guillermo Ordoñez Fernández, la señora Rosa Tulia Ordoñez solicita la sustitución pensional alegando la calidad de compañera permanente del causante.

En relación con la pretensión de sustitución pensional de la señora Rosa Tulia Ordoñez Ortiz que se fundamenta en su calidad de compañera permanente, se tiene, que ante la ausencia de pruebas válidas que sustenten tal condición no se acreditó el requisito básico que la norma exige para reconocerle el beneficio de la sustitución.

Es preciso señalar que, probar los hechos que interesen al demandante es una carga que no puede suplir la Sala, debido que es al interesado en que se le apliquen los beneficios que determinada norma establece en quien radica la obligación de probar debidamente el supuesto de hecho que la misma exige, lo contrario equivaldría a trasladar la carga de la prueba al fallador, quien si bien tiene el deber de interpretar la demanda y de decretar pruebas de oficio, no puede remediar la inactividad del accionante, ni actuar como si fuera tal. Sobre todo cuando la ley le impone esa obligación en el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil que prevé: “Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen”.

Así las cosas, la Sala confirmará la sentencia de primera instancia que negó las pretensiones de la demanda a la señora Rosa Tulia Ordoñez Ortiz.

III. DECISIÓN

Por lo anterior, el Tribunal Administrativo del Cauca, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia N° 146 del 30 de septiembre de 2014, dictada por el Juzgado Sexto Administrativo de Descongestión del Circuito de Popayán dentro del proceso que en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho promovió la señora ROSA TULIA ORDOÑEZ ORTIZ contra la CAJA NACIONAL DE PREVISIÓN SOCIAL, CAJANAL EICE EN LIQUIDACION HOY UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTION PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES – UGPP.

SEGUNDO: Cumplida la ordenación anterior y ejecutoriada esta providencia, REMÍTASE el expediente al Juzgado con competencia en el Sistema Escritural para lo de su cargo.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

El proyecto de esta providencia fue considerado y aprobado por la Sala según acta de la fecha.

Los Magistrados,

CARMEN AMPARO PONCE DELGADO PEDRO JAVIER BOLAÑOS ANDRADE

NAUN MIRAWAL MUÑOZ MUÑOZ