República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Quinta de Decisión Laboral

PROCESO ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE: MODESTO ORTEGA VAQUERO
DEMANDADO: COLPENSIONES
RADICACIÓN: 11001 31 05 018 2019 00870 01
11001 31 05 018 2019 00870 02

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., veintiocho (28) de octubre de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA

La Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, en cumplimiento de lo dispuesto por el Decreto 806 de 4 de junio de 2020, emitido por el Gobierno Nacional en el marco del Estado de Emergencia, artículo 15 y concordantes y el Acuerdo PCSJA20-11567 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, artículo 10, procede a resolver los recursos de apelación presentados por la apoderada de la parte demandante contra el auto y la sentencia proferida el 19 de agosto de 2021 por el Juzgado Primero (01) Transitorio Laboral del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende que se condene a Colpensiones a reconocer y pagar la pensión de sobrevivientes con ocasión del fallecimiento de su esposa Rosalba Murcia Sánchez a partir del 6 de enero de 2017, junto con las mesadas adicionales, los intereses moratorios, la indexación, lo ultra y extra petita y las costas del proceso. (f.° 10-12 archivo 01. Expediente).

Como sustento de sus pretensiones, indico que: es ciudadano español y contrajo nupcias con la señora Rosaba Murcia Sánchez el día 2 de abril de 1993 en la Notaría 33 del Circulo Notarial de Bogotá, que su cónyuge falleció el 5 de enero de 2017 en Madrid –España; convivió y compartió techo con ella durante 24 años 8 meses y 28 días; que el 22 de junio de 2017, solicitó nuevamente el reconocimiento de la pensión de vejez, dado que en otrora

oportunidad radicó derecho de petición sin que a la fecha haya obtenido respuesta. (f.° 6-10 archivo 01. Expediente).

COLPENSIONES al contestar la demanda se opuso a las pretensiones de la misma al sostener que la entidad se encuentra adelantando gestiones de verificación de cumplimiento de requisitos, junto con el MINISTERIO DE TRABAJO – CONVENIO ESPAÑA, por lo que se llevó a cabo por la entidad, la publicación de Edicto No. 114 del 06 de noviembre de 2020, esto para conocimiento público, de la existencia de solicitud de pensión de sobreviviente. Así mismo, debe señalarse que, en un dado caso, el actor debe demostrar los requisitos de convivencia señalados por la Ley 100 de 1993, Ley 797 de 2003, en este sentido, y al no haberse agotado etapa de verificación de criterios, no puede condenarse, puesto que, la entidad no puede reconocer derecho alguno, sin una debida verificación de cumplimiento de requisitos. Por último, se precisa que a la fecha no obra constancia o investigación administrativa que logré constatar una supuesta convivencia del demandante con la causante, que le hiciese acreedor de derecho pensional de sobrevivencia.

Presentó como excepciones de mérito las que denominó inexistencia del derecho reclamado y cobro de lo no debido, prescripción, buena fe de Colpensiones, no configuración del derecho al pago de indexación o reajuste alguno, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria, imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas, presunción de legalidad de los actos administrativos, compensación, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y genérica. (f.° 6-10 archivo 01. Expediente).

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Primero (01) Transitorio Laboral del Circuito de Bogotá, mediante auto y sentencia proferidos el 19 de agosto de 2021, negó la solicitud presentada por la parte actora relacionada con el decreto de oficio de dos testimonios y, además, absolvió a Colpensiones de las súplicas de la demanda.

RECURSO DE APELACIÓN

Auto:

La apoderada de la parte actora en punto del auto que negó el decreto de oficio de la prueba testimonial presentó recurso de alzada con sustento en

que debe primar el derecho sustancial sobre el formal, máxime cuando se deben garantizar los derechos fundamentales del demandante.

Sentencia:

Frente a la decisión absolutoria, la apoderada reprocho la decisión de primera instancia en los siguientes puntos: i) el A-quo incurrió en varios errores procesales al desconocer las declaraciones extra juicio que se aportaron en el expediente administrativo a través de las cuales se puede dilucidar con claridad el requisito de convivencia, máxime cuando dicha prueba fue allegada por Colpensiones, ii) se acreditan los 5 años de convivencia en cualquier tiempo porque el actor contrajo matrimonio en el año 2003 y la pensionada falleció en el 2017.

ALEGACIONES

Las partes presentaron escrito de alegaciones.

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

- Determinar si hay lugar a ordenar la práctica de la prueba testimonial solicitada, aun cuando la parte actora no la peticionó como medio de prueba en su libelo introductorio.
- Establecer si el demandante tiene derecho o no, al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes.

Caso concreto:

En *primer lugar*, la Sala abordará el estudio del recurso de apelación presentado contra el **auto** proferido en audiencia llevada a cabo el 19 de agosto de 2021.

Verificado el audio contentivo de la misma, se tiene que la juez de primera instancia negó la solicitud elevada por la parte actora relacionada con el decreto de oficio de las declaraciones de los señores Edilma Murcia Sánchez y David Ignacio Malo Lamas.

Decisión respecto de la cual, la apoderada de la parte demandante presentó recurso de reposición y en subsidio apelación por considerar que debe primar el derecho sustancial sobre el formal, al igual que garantizar los derechos fundamentales del demandante.

En esa dirección, cabe recordar que el auto que niega el decreto o práctica de una prueba está expresamente enlistado como susceptible de apelación, de acuerdo con lo dispuesto en el numeral 4° del artículo 65 del Código Procesal del Trabajo, y con base en tal preceptiva procesal se entrará al estudio de la alzada.

De entrada, la Sala advierte la improsperidad del recurso de alzada, toda vez que revisado el expediente, se puede constatar que la prueba testimonial que la parte actora pretende sea escuchada en este asunto, no fue solicitada en el escrito genitor y, por ende, tampoco fue decretada en su favor en el curso de la primera instancia, igualmente, se verifica que la activa tampoco reformó la demanda, oportunidad adicional en la que pudo adicionar el acápite de pruebas para introducir dicho medio probatorio con miras a acreditar la tesis planteada, por manera que tal pedimento deberá ser desestimado.

Además de lo anterior, esta Sala debe recordar que la facultad oficiosa prevista en el artículo 54 del estatuto laboral, obedece a que si el Juez que conoce del proceso considera necesario decretar de oficio una prueba, lo hace bajo las facultades de dirección del proceso que le confiere la ley y con el fin de formar de manera libre su convencimiento en torno al asunto sometido a su consideración, de acuerdo con los precisos términos del artículo 61 ibídem, erigiéndose esta potestad como una facultad y no pudiéndose utilizar la misma para desplazar las obligaciones de las partes, menos aún, para suplir su obligación probatoria, so pretexto de la primacía del derecho sustancial.

Aunado a lo anterior y teniendo en cuenta que el proceso es un conjunto sucesivo de actuaciones, razonable resulta concluir que el legislador haya concretado oportunidades dentro del mismo en las que las partes pueden presentar y solicitar pruebas.

Así pues, en materia laboral el numeral 9° del artículo 25 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social dispone como requisito de la demanda hacer *"una relación de los medios de prueba que el actor pretenda hacer valer para establecer la verdad de sus afirmaciones"*, por lo que esta oportunidad procesal obedece esencialmente a los principios de concentración e inmediación de las pruebas.

Y es lo cierto que, tal como lo razonó la juez de instancia, la prueba testimonial que pretende hacer valer la parte actora, no fue solicitada en la oportunidad procesal correspondiente, como ya se anotara en líneas precedentes, evidenciándose que lo que ahora se pretende es que la

juzgadora despliegue los actos propios de la parte recurrente, relevándola de la obligación que debía atender incluso con antelación a la elaboración y presentación de la demanda, carga legal que no está en cabeza del Juez sino de las partes, conforme lo ordena el artículo 167 del Código General del Proceso.-

Dadas las anteriores consideraciones, la Sala confirmará la decisión de primera instancia.

DE LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES

Elementos de prueba relevantes

- A folio 42 del archivo 01. Expediente, registro civil de matrimonio.
- Interrogatorio al demandante.
- Expediente administrativo.

Caso concreto:

No fue objeto de controversia que la señora Rosalba Murcia Sánchez se encontraba pensionada por el otrora ISS mediante resolución n.° 013161 del 27 de junio de 2001, modificada posteriormente a través de las resoluciones n.° 00522 del 22 de abril de 2002 y GNR 46846 del 12 de febrero de 2016 (exp. administrativo)

En otro giro, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, ha señalado reiteradamente que en materia de pensión de sobrevivientes la norma aplicable es la vigente al momento de producirse el deceso del afiliado o pensionado, ejemplo de ello, son las sentencias SL 2203 de 2016, radicación 61944 y SL6397-2016, radicación 42679, y como en el caso bajo examen la pensionada falleció el 5 de enero de 2017, la disposición aplicable es la Ley 797 de 2003, artículos 12 y 13.

Se tiene entonces, que el artículo 13 de la Ley 797 de 2003 señala como beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, entre otros, al cónyuge o compañera permanente del pensionado, quienes deberán acreditar que estuvieron haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y haber convivido con el afiliado fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su óbito (sentencia CSJ SL1730-2020), no obstante, esa Corporación morigeró tal postura frente al cónyuge en el sentido de indicar que mientras estén separados de hecho, a éste le corresponde demostrar que hizo vida en común con el causante durante por lo menos 5 años en cualquier tiempo (sentencia48729 del 12 de agosto de 2014).

Bajo ese escenario, conviene rememorar lo explicado por la Corte Suprema de Justicia, en punto de la convivencia singular del causante con el cónyuge:

"En tratándose de la relación del afiliado o pensionado con su cónyuge, esta Corporación ha defendido el criterio según el cual la convivencia por un lapso no inferior a 5 años puede ocurrir en cualquier tiempo, siempre que el vínculo matrimonial se mantenga intacto"

Más adelante dijo *"(iii) es lógico pensar que si con arreglo al último inciso del literal b) del artículo 13 de la Ley 797 de 2003, en los eventos de convivencia no simultánea, el cónyuge separado de hecho tiene derecho a la pensión de sobrevivientes en forma compartida, también debe tener derecho a esa prestación ante la inexistencia de compañero (a) permanente*". (Radicación 45779 del 25 de abril 2018, -SL1399-2018)

En ese orden de ideas, la Sala revisará el material probatorio con el objetivo de resolver el problema jurídico planteado.

El registro civil de matrimonio que reposa en el expediente informa que el demandante contrajo nupcias con la causante el 2 de abril de 1993, sin que se haya efectuado separación de cuerpos, ni liquidación de la sociedad conyugal o se haya efectuado la cesación de los efectos matrimoniales.

De otro lado, dentro del expediente administrativo reposan declaraciones extra juicio rendidas por el demandante y por los señores David Ignacio Malo Lamas y Sara Bueno Moreno.

También se recibió el interrogatorio de parte al demandante quien en síntesis aseguró que contrajo nupcias con la señora Rosalba en el año 1993 en la notaría 33, que convivió con ella por espacio de 24 años, que vivían en Madrid-España y que nunca se separaron.

La parte actora no solicitó dentro de las oportunidades procesales correspondientes, la práctica de testimonio alguno con miras a acreditar el requisito de la convivencia.

Dilucidado lo anterior y descendiendo al caso de autos, desde ya la Sala advierte que la decisión primigenia deberá ser confirmada, habida cuenta que si bien es cierto que se acredita que el demandante contrajo matrimonio con la pensionada el día 2 de abril de 1993 y que tal vínculo no fue objeto de disolución, lo cierto es que con el escaso material probatorio recaudado

no es posible colegir el requisito de la convivencia por un lapso no inferior a 5 años en cualquier tiempo, por las siguientes razones:

El expediente administrativo contiene las declaraciones extra juicio de los señores David Ignacio Malo Lamas y Sara Bueno Moreno, quienes informaron que conocieron a la pensionada y, por ello, les consta que se encontraba casada con el demandante desde hace 24 años con quien convivió bajo el mismo techo hasta la fecha de su óbito y que durante su permanencia en España se dedicó a las labores del hogar.

Sobre el particular, conviene recordar que, si bien el órgano de cierre de la jurisdicción en materia laboral ha adoctrinado que las declaraciones extrajudiciales rendidas ante notario no requieren de su ratificación para ser valoradas, siempre y cuando la parte contra la cual se adujeron no lo solicite, premisa que en efecto no aconteció en el caso en estudio, para la Sala esas instrumentales no resultan suficientes para acceder al reconocimiento solicitado.

En *primer lugar,* porque lo expresado por los declarantes no ofrece suficiente ilustración a la Sala sobre las circunstancias de tiempo, modo y lugar por las cuales les consta lo allí relatado, adviértase que los deponentes, quienes residen en la ciudad de Madrid – España, informan que tienen conocimiento que la pareja convivió por más de 24 años, no obstante, probado ésta que la pensionada por lo menos durante el trámite pensional no residió en dicho país, dado que se encontraba domiciliada en la transversal 39 n.° 3-24 de esta ciudad, sumado a que no existe medio probatorio alguno que acredite la convivencia de la pareja mientras la señora Rosalba se encontraba en Colombia, amén de que tampoco fue posible determinar la calenda en la que la pareja trasladó su domicilio a Madrid, como para poder concluir que en efecto los señores David Ignacio Malo Lamas y Sara Bueno Moreno fueron testigos directos de la presunta convivencia entre la pareja durante el tiempo que señala la norma que regula la controversia, por manera que estas declaraciones no cuentan con suficiente fuerza probatoria como para que la Sala acceda a las pretensiones de la demanda.

En *segundo* lugar de esas declaraciones no se logra acreditar que en efecto el actor dependiera económicamente de su cónyuge, hecho que se alega en la demanda, pero si en gracia de discusión se pasara por alto dicha situación, es de anotar que el contenido de esas declaraciones tampoco se logra establecer cómo el fallecimiento de la señora Rosalba Murcia Sánchez (q.e.p.d) generó en contra del demandante algún tipo de desequilibrio económico ni mucho menos que la solvencia del actor se viera amenazada en importante nivel poniendo en riesgo sus condiciones dignas de vida.

Adicional a lo ya expuesto, la Sala tampoco cuenta con ningún elemento probatorio que dé certeza de que los lazos afectivos de ayuda y solidaridad entre la pareja continuaban vigentes para el momento del deceso de la pensionada, en tanto no se tiene noticia de que el actor fuera la persona que estuviera pendiente y al cuidado de su cónyuge durante sus últimos días de vida.

Así las cosas, al no haberse acreditado la convivencia del actor con la causante, por un lapso no inferior a 5 años en cualquier tiempo, es claro que aquel no es beneficiario de la pensión reclamada, lo que da lugar a confirmar la sentencia de primera instancia.

COSTAS: No se impondrán en esta instancia, por considerar que no se causaron.

En mérito de lo expuesto, la **SALA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D. C.,** administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley:

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR el auto proferido el 19 de agosto de 2021 por el Juzgado Primero (01) Transitorio Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas.

SEGUNDO: CONFIRMAR la sentencia proferidas el 27 de agosto de 2021 por el Juzgado Primero (01) Transitorio Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas.

TERCERO: Sin costas en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

ANGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado