



**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN SEGUNDA
SUBSECCIÓN A**

Consejero ponente: Dr. William Hernández Gómez

Bogotá D.C., diecinueve (19) de abril de dos mil dieciocho (2018).

Radicación: 05001-23-33-000-2015-00416-01
Número interno: 2566-2016
Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: Jamer Agustín Chaverra Valencia
Demandado: Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales-UGPP

Ley 1437 de 2011

Sentencia O-052-2018

ASUNTO

La Subsección A de la Sección Segunda del Consejo de Estado, decide el recurso de apelación formulado por la parte demandada contra la sentencia proferida el 29 de febrero de 2016 por el Tribunal Administrativo de Antioquia, que accedió a las pretensiones de la demanda.

ANTECEDENTES

El señor Jamer Agustín Chaverra Valencia en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho consagrado en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, demandó a la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales-UGPP.

DECISIONES RELEVANTES EN LA AUDIENCIA INICIAL

En el marco de la parte oral del proceso bajo la Ley 1437 de 2011, la principal función de la audiencia inicial es la de precisar el objeto del proceso y de la prueba.¹

En esta etapa se revelan los extremos de la demanda o de su reforma, de la contestación o de la reconvencción. Además se conciertan las principales decisiones que guiarán el juicio.

Con fundamento en lo anterior, se realiza el siguiente resumen de la audiencia inicial en el presente caso, a modo de antecedentes:

Excepciones previas (art. 180-6 CPACA)

Bien podría decirse que esta figura, insertada en la audiencia inicial, es también una faceta del despacho saneador o del saneamiento del proceso, en la medida que busca, con la colaboración de la parte demandada, que la verificación de los hechos constitutivos de excepciones previas, o advertidos por el juez, al momento de la admisión, se resuelvan en las etapas iniciales del proceso, con miras a la correcta y legal tramitación del proceso, a fin de aplazarlo, suspenderlo, mejorarlo o corregirlo².

¹ Hernández Gómez William, consejero de Estado, Sección Segunda. Módulo *Audiencia inicial y audiencia de pruebas*. (2015) EJRLB.

² Ramírez Jorge Octavio, consejero de Estado, Sección Cuarta. Módulo El juicio por audiencias en la jurisdicción de lo contencioso administrativo. EJRLB.

En el presente caso a folio 77 y cd que obra a folio 92, en la etapa de excepciones previas se indicó lo siguiente:

«[...] No hay lugar a estudiar a estudiar las excepciones previas a raíz de la no contestación de la demanda. Tampoco en este momento habrá pronunciamiento sobre eventuales excepciones de mérito o fondo pues ellas se resuelven en la sentencia. [...]»

La decisión quedó notificada en estrados y las partes no interpusieron recursos.

Fijación del litigio (art. 180-7 CPACA)

La fijación del litigio es la piedra basal del juicio por audiencias; la relación entre ella y la sentencia es la de «tuerca y tornillo», porque es guía y ajuste de esta última.³

En el *sub lite* a folio 78 vuelto y cd que obra a folio 92, se fijó el litigio respecto de las pretensiones, hechos y el problema jurídico de la siguiente forma:

Pretensiones:

«[...] Que son nulos los actos administrativos números 1235 del 16 de abril de 2012 y No. (sic) 13822 del 30 de octubre de 2012 expedidos por la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES UGPP mediante los cuales se negó el reconocimiento y pago de la Pensión de sobrevivientes a favor de mí representado.

Que como consecuencia de la Nulidad, se condene a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES UGPP a reconocer y pagar al señor JAMER AGUSTÍN CHAVERRA VALENCIA, identificado con cédula de ciudadanía No. 11.800.455 la Pensión de sobrevivientes a partir del 4 de julio de 2011.

³ Hernández Gómez William, actualmente consejero de Estado, Sección Segunda (2015). Módulo Audiencia inicial y audiencia de pruebas. EJRLB

Que la pensión decretada sea ajustada en los términos del artículo 53 de la Constitución Política hasta la fecha de ejecutoria de la providencia.

Que se ordene dar cumplimiento a la sentencia en los términos de los artículos 192 y 195 del C.P.A. y C.C.A.

Que se condene a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES UGPP al pago de las **costas** del proceso de conformidad con el artículo 188 del C.P.A. y C.C.A. [...]» (Mayúsculas del texto).

Hechos de la demanda según la fijación del litigio

«[...] La señora ROSA ELENA SCARPETTA MARTINEZ (sic) con C.C. No. 22.155.419 quien gozaba de la pensión gracia falleció el día 04 de julio de 2011.

El señor JAMER AGUSTÍN CHAVERRA VALENCIA, solicito (sic) el 06 de diciembre de 2011 a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES UGPP el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes en calidad de compañero permanente de la causante.

Que mediante la resolución No. 1235 del 16 de abril de 2012 se le negó este derecho argumentando que “el solicitante no se encuentra vinculado dentro del grupo familiar en la EPS de la causante”.

Que contra la anterior resolución se interpuso en forma directa el recurso de apelación explicando que él (sic) no estar vinculado dentro del grupo familiar en la EPS de la causante no es un requisito exigido por la ley para tener derecho a la pensión de sobrevivientes, y que por lo tanto al exigir algo que no está contemplado en la ley estarían legislando usurpando con esta conducta funciones del Congreso de la República.

Que durante el trascurso del recurso de apelación se anexaron pruebas de que tanto la causante como el peticionario se hallaban afiliados a la E.P.S. FUNDACION (sic) MEDICO (sic) PREVENTIVA S.A. en calidad de Cotizantes en razón a que ambos laboraban en la docencia.

Que el recurso de apelación fue resuelto mediante resolución (sic) No. 13822 del 30 de octubre de 2012 confirmando la resolución (sic) No. 1235 del 16 de abril de 2012, pues hicieron caso omiso a los argumentos y documentos aportados.

Que como la profesora, causante, ROSA ELENA SCARPETTA MARTINEZ (sic) prestó sus últimos servicios docentes en el Municipio de Turbo, Departamento de Antioquia, los competentes para conocer de esta acción son los Jueces Administrativos del Circuito de Turbo por el factor territorial.

Que (sic) la resolución (sic) No. 13822 del 30 de octubre de 2012 quedó agotada la vía gubernativa. [...]»(Mayúsculas del texto).

Problema jurídico fijado en el litigio

«[...] establecer la validez de las resoluciones (sic) No. 1235 del 16 de abril de 2012 y 13822 del 30 de octubre de 2012, por medio de las cuales se niega el reconocimiento y pago de la pensión de sobreviviente al demandante, y en caso de nulidad hacer las declaraciones y condenas a que haya lugar.[...]»

Se le concedió el uso de la palabra a las partes y manifestaron estar de acuerdo.

TRÁMITE DEL PROCESO

La demanda fue presentada ante los Juzgados Administrativos (Reparto)⁴; luego de ser subsanada, fue admitida por el Juzgado Primero Administrativo Oral del Circuito de Turbo, Antioquia⁵. La audiencia inicial se llevó a cabo el día 26 de noviembre de 2013⁶. Surtidas las etapas procesales pertinentes, el juez de conocimiento profirió sentencia que accedió a las pretensiones el día

⁴ Folios 34 a 40.

⁵ Folios 51 y 52.

⁶ Folios 77 a 80.

29 de mayo de 2014⁷. Ante la anterior providencia, la entidad demandada interpuso recurso de apelación⁸.

Al conocer del proceso el Tribunal Administrativo de Antioquia, profirió auto de fecha 4 de febrero de 2015 a través del cual se declaró la falta de competencia funcional en razón de la cuantía para conocer del asunto del Juzgado Primero Administrativo Oral del Circuito de Turbo, declaró la nulidad de la sentencia proferida el 29 de mayo de 2014 y remitió el proceso a la Secretaría de dicho Tribunal, para que lo sometiera a nuevo reparto en primera instancia en los términos de los artículos 168 del CPACA y 16 del CGP.⁹.

Posteriormente, el 29 de febrero de 2016, el Tribunal Administrativo de Antioquia profirió sentencia de primera instancia en la cual accedió a las pretensiones¹⁰, ante la anterior decisión la UGPP interpuso el recurso de apelación¹¹, el cual se surte ante esta Corporación.

SENTENCIA APELADA¹²

El *a quo* profirió sentencia escrita, en la cual accedió a las pretensiones de la demanda, con fundamento en las siguientes consideraciones:

Analizó las normas sobre la sustitución de la pensión contenidas en el artículo 46 de la Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 797 de 2003, pues se encontraban vigentes al momento del fallecimiento de la señora Rosa Elena Scarpetta Martínez, por lo que al demostrarse que el aquí demandante había

⁷ Folios 108 a 115 vto.

⁸ Folios 117 a 121.

⁹ Folios 119 a 121 (sic) se repite la foliatura.

¹⁰ Folios 138 a 144.

¹¹ Folios 147 a 149.

¹² Folios 138 a 144.

convivido con la causante por más de cinco años como lo exige la normativa aplicable, era beneficiario de la sustitución pensional.

En efecto, indicó que la entidad demandada no debió exigir al señor Jamer Agustín la afiliación a la misma EPS de la causante, porque ni la ley, ni la jurisprudencia lo requieren para demostrar la convivencia. Citó apartes jurisprudenciales de una providencia proferida por esta Corporación en la cual se sostiene que ser beneficiario del sistema general de seguridad social no constituye prueba de la ausencia de convivencia.

Consideró que el demandante reúne los requisitos de los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993 para ser beneficiario de la sustitución de la pensión gracia, por tanto: i) declaró la nulidad de los actos administrativos demandados; ii) ordenó a la UGPP que reconozca y liquide la pensión de sobrevivientes a favor del demandante, a partir del 5 de julio de 2011, día siguiente al fallecimiento de la causante; iii) iv) declaró no probada la prescripción de las mesadas pensionales, por cuanto el deceso se produjo en el año 2011 y la reclamación de la sustitución de la pensión se efectuó el 6 de diciembre de 2011; y, v) condenó en costas a la entidad demandada.

RECURSO DE APELACIÓN¹³

La parte demandada solicitó revocar la sentencia de primera instancia y en su lugar negar las pretensiones de la misma, conforme los argumentos que a continuación se exponen:

Sostuvo que los actos administrativos demandados conservan su presunción de validez y surten sus efectos en el ordenamiento jurídico, como quiera que el demandante a través de declaración extra juicio aportada, manifiesta que él y la causante son compañeros permanentes y que dependía económicamente de ella, sin embargo en el FOSYGA se observa que reporta

¹³ Folios 147 a 149.

afiliación como cotizante y en calidad de cabeza de familia, circunstancia que se opone a la situación de dependencia económica que ahora deprecia, motivo por el cual, la convivencia no fue demostrada y por ende, se procedió a negar la pensión peticionada.

Por otro lado indicó que, no es procedente la condena en costas, como quiera que actuó de buena fe, no dio lugar a dilaciones injustificadas y claramente la prueba documental recaudada permitía advertir la ausencia de dependencia económica entre la causante y el aquí demandante, hecho que no permitía presumir la convivencia entre la pareja.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Parte demandante¹⁴: Insistió en que no estar vinculado dentro del grupo familiar en la EPS de la causante no es requisito exigido por la ley para tener derecho a la sustitución de la pensión. En este sentido, indicó que conforme a la Factura de Venta 60273 del 4 de julio de 2011, por valor \$4.805.600 expedida por la Funeraria San Vicente a favor del demandante, por concepto de servicios funerarios prestados a la señora Rosa Elena Scarpetta Martínez, es prueba irrefutable de que no eran extraños y de que sí tenían una relación de convivencia, así mismo, las tres declaraciones extra proceso allegadas al plenario que dan cuenta de ello.

Parte demandada¹⁵: Presentó escrito contentivo de alegatos de conclusión de un proceso diferente al que ocupa la atención de la Subsección, por lo tanto, no se tendrá en cuenta.

El Ministerio Público guardó silencio en esta etapa procesal¹⁶.

¹⁴ Folios 254 a 256.

¹⁵ Folios 236 a 239 vto.

¹⁶ Ver constancia secretarial obrante a folio 265.

CONSIDERACIONES

Competencia

De conformidad con el artículo 150 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo¹⁷, el Consejo de Estado es competente para resolver el recurso de apelación interpuesto.

De igual forma, de conformidad con lo previsto por el artículo 328 del Código General del Proceso¹⁸, el juez de segunda instancia debe pronunciarse solamente sobre los argumentos expuestos en el recurso de apelación.

Problemas jurídicos

Los problemas jurídicos que se deben resolverse en esta instancia se circunscriben a los aspectos planteados en el recurso de apelación, los cuales se resumen en las siguientes preguntas:

1. ¿El señor Jamer Agustín Chaverra Valencia tiene derecho a que se le reconozca la sustitución pensional de la pensión gracia que en vida

¹⁷ El Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo conocerá en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los tribunales administrativos y de las apelaciones de autos susceptibles de este medio de impugnación, así como de los recursos de queja cuando no se conceda el de apelación por parte de los tribunales, o se conceda en un efecto distinto del que corresponda, o no se concedan los extraordinarios de revisión o de unificación de jurisprudencia.

¹⁸ «ARTÍCULO 328. COMPETENCIA DEL SUPERIOR. El juez de segunda instancia deberá pronunciarse solamente sobre los argumentos expuestos por el apelante, sin perjuicio de las decisiones que deba adoptar de oficio, en los casos previstos por la ley.

Sin embargo, cuando ambas partes hayan apelado toda la sentencia o la que no apeló hubiere adherido al recurso, el superior resolverá sin limitaciones.

En la apelación de autos, el superior sólo tendrá competencia para tramitar y decidir el recurso, condenar en costas y ordenar copias.

El juez no podrá hacer más desfavorable la situación del apelante único, salvo que en razón de la modificación fuera indispensable reformar puntos íntimamente relacionados con ella.

En el trámite de la apelación no se podrán promover incidentes, salvo el de recusación. Las nulidades procesales deberán alegarse durante la audiencia.»

ostentaba la señora Rosa Elena Scarpetta Martínez, en su condición de cónyuge supérstite?

2. ¿Procede la condena en costas a la entidad demandada en primera instancia por resultar vencida en el proceso?

Primer problema jurídico

¿El señor Jamer Agustín Chaverra Valencia tiene derecho a que se le reconozca la sustitución pensional de la pensión gracia que en vida ostentaba la señora Rosa Elena Scarpetta Martínez, en su condición de cónyuge supérstite?

Al respecto, la Subsección sostendrá la siguiente tesis: El demandante demostró el cumplimiento de los requisitos exigidos por la ley y, por tanto, tiene derecho al reconocimiento de a la sustitución de la pensión gracia que devengaba la causante, con base en los siguientes argumentos.

De la sustitución pensional de la pensión gracia

En cuanto a la sustitución de esta especial prestación, la normativa que la consagra no previó la posibilidad de concederla a sus beneficiarios en caso de fallecimiento del titular del derecho; sin embargo, por vía jurisprudencial se ha considerado que tal figura sí es aplicable a fin de trasladarla a los beneficiarios. Así se ha considerado:

«[...] En este orden de ideas, es necesario concluir que la pensión gracia, tal como lo ha entendido la Jurisprudencia y la Doctrina, 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, pues una vez configurados los elementos que permiten el otorgamiento de la pensión gracia, 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.

Debe aclararse además que dentro de nuestro 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 normatividad 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 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, la misma 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. [...]»¹⁹

En cuanto a la ley que gobierna la sustitución pensional, esta Subsección en diferentes oportunidades²⁰ ha considerado que las disposiciones aplicables son aquellas vigentes al momento del fallecimiento del causante.

En este sentido, el deceso de la señora Rosa Elena Scarpetta Martínez se

¹⁹ Sentencia del 4 de marzo de 2010. Radicación No. 08001-23-31-000-2006-00004-01(0824-09). Actor: Francisco Coronel Vásquez. Consejero ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

²⁰ Ver, entre otras, sentencias del 10 de noviembre de 2005. Exp. No.3496-04. Consejera Ponente Ana Margarita Olaya Forero y del 2 de octubre de 2008. Exp. No. 2638-2014. Consejero ponente: Luis Rafael Vergara Quintero.

produjo el 04 de julio de 2011²¹, por lo que frente a la sustitución pensional, estaba vigente la Ley 100 de 1993 modificada por la Ley 797 de 2003, que para tal efecto prevé:

«[...] Artículo 47. Beneficiarios de la Pensión de Sobrevivientes. 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;

b) En forma temporal, el cónyuge o la compañera permanente supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga menos de 30 años de edad, y no haya procreado hijos con este. La pensión temporal se pagará mientras el beneficiario viva y tendrá una duración máxima de 20 años. En este caso, el beneficiario deberá cotizar al sistema para obtener su propia pensión, con cargo a dicha pensión. Si tiene hijos con el causante aplicará el literal a).

Si respecto de un pensionado hubiese un compañero o compañera permanente, con sociedad anterior conyugal no disuelta y derecho a percibir parte de la pensión de que tratan los literales a) y b) del presente artículo, dicha pensión se dividirá entre ellos (as) en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido.

En caso de convivencia simultánea en los últimos cinco años, antes del fallecimiento del causante entre un cónyuge y una compañera o compañero permanente, la beneficiaria o el beneficiario de la pensión de sobreviviente será la esposa o el esposo. Si no existe convivencia simultánea y se mantiene vigente la unión conyugal pero hay una separación de hecho, la compañera o compañero permanente podrá reclamar una cuota parte de lo correspondiente al literal a en un porcentaje proporcional al tiempo

²¹ Folio 18.

convivido con el causante siempre y cuando haya sido superior a los últimos cinco años antes del fallecimiento del causante. La otra cuota parte le corresponderá a la cónyuge con la cual existe la sociedad conyugal vigente;

c) 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, siempre y cuando acrediten debidamente su condición de estudiantes y, los hijos inválidos si dependían económicamente del causante, esto es, que no tienen ingresos adicionales, mientras subsistan las condiciones de invalidez. Para determinar cuando hay invalidez se aplicará el criterio previsto por el artículo 38 de la Ley 100 de 1993; Texto

d) A falta de cónyuge, compañero o compañera permanente e hijos con derecho, serán beneficiarios los padres del causante si dependían económicamente de este;

e) 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.

Parágrafo. Para efectos de este artículo se requerirá que el vínculo entre el padre, el hijo o el hermano inválido sea el establecido en el Código Civil. [...]» (Subrayas de la Sala).

El Consejo de Estado en la sentencia del 10 de octubre del 2013²², ha señalado respecto de la **sustitución pensional** lo siguiente:

«[...] La jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana ha establecido la siguiente línea en relación con el derecho a la sustitución pensional²³:

- El derecho a la sustitución pensional goza de una naturaleza fundamental, en la medida en que configura un medio de garantía de otros derechos con claro reconocimiento constitucional, pues está contenido dentro de valores tutelables

²² Consejo de Estado. Sección Segunda Subsección A. sentencia del 10 de octubre del 2013. M.P. **GUSTAVO EDUARDO GOMEZ ARANGUREN**, radicación N° 25000-23-25-000-1997-03631-01(1199-12)

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

como el derecho a la vida, a la seguridad social, a la salud y al trabajo²⁴.

- La sustitución pensional tiene como finalidad evitar que las personas allegadas al trabajador y beneficiarias del producto de su actividad laboral queden en el desamparo o la desprotección por el simple hecho de su fallecimiento²⁵. Se trata de un mecanismo de protección de los familiares del pensionado ante el posible desamparo en que pueden quedar por razón de su muerte, pues al ser beneficiarios de su mesada pensional, dependen económicamente de la misma para su subsistencia.
- El bien jurídico tutelable en el derecho prestacional a una sustitución pensional lo constituye la familia, como núcleo e institución básica de la sociedad (artículos 5º y 42 superiores), que sin importar la forma de su configuración, debe ser amparada íntegramente y sin discriminación alguna. **El vínculo constitutivo de la familia – matrimonio o unión marital de hecho – es indiferente para efectos del reconocimiento de este derecho²⁶.**
- Todas las prerrogativas, ventajas o prestaciones y también las cargas y responsabilidades que el sistema jurídico establezca a favor de las **personas unidas en matrimonio son aplicables, en pie de igualdad, a las que conviven sin necesidad de vínculo formal²⁷. Así, los derechos a la seguridad social, dentro de los cuales está la pensión de sobrevivientes, comprenden a cónyuges y compañeros permanentes de la misma manera.** [...]
- La ley acoge un criterio material - convivencia efectiva al momento de la muerte - y no simplemente formal - vínculo matrimonial - en la determinación de la persona legitimada para gozar de la prestación económica producto del trabajo del fallecido²⁸. **En consecuencia, el reconocimiento del derecho a la sustitución pensional está sujeto a una comprobación material de la situación afectiva y de convivencia en que vivía el**

²⁴ Sentencia T-173 de 1994.

²⁵ Sentencia T-190 de 1993.

²⁶ Ibídem.

²⁷ Sentencia T-553 de 1994.

²⁸ Sentencia T-566 de 1998.

trabajador pensionado fallecido, al momento de su muerte, con respecto de su cónyuge o de su compañera permanente, para efectos de definir acerca de la titularidad de ese derecho.

Tal criterio jurisprudencial ha sido compartido por la Sección Segunda de esta Corporación en diversas sentencias²⁹, en todo caso analizando detalladamente cada situación concreta, **según las pruebas existentes en el proceso.** [...]» (Negrillas resalta la Sala).

Entonces, la sustitución pensional es precisamente el derecho que le asiste a una persona de gozar la prestación económica que otra recibía, por lo cual no se trata de un reconocimiento pensional sino de la legitimación para reemplazar a quien fungía como su titular.

Ahora bien, en cuanto a los medios de prueba para demostrar la convivencia marital, la ley no los establece ni los restringe; y según lo dicho por la Corte Constitucional, de acuerdo con una interpretación sistemática del ordenamiento jurídico, se permite cierta libertad probatoria, verificando la idoneidad en cada caso concreto³⁰.

Bajo las anteriores precisiones normativas, procede la Subsección a verificar si en efecto, el demandante demostró reunir los requisitos señalados en la norma para hacerse acreedor de la pensión gracia que en vida disfrutara la señora Rosa Elena Scarpetta Martínez.

En el expediente se tiene probado lo siguiente:

i) De folios 25 a 27 del primer archivo del cd a folio 61 contentivo del expediente administrativo, se observa que a través de Resolución 28085 del 21 de noviembre de 2000, la anterior Caja Nacional de Previsión Social

²⁹ Ver, entre otras, las sentencias proferidas en las siguientes fechas: (i) 2 de octubre de 2008, expediente No. 4335-04, C.P. Jesús María Lemos Bustamante; (ii) 8 de julio de 2010, expediente No. 1412-07, C.P. Bertha Lucía Ramírez de Páez.

³⁰ Sentencia T-921 de 2010, Corte Constitucional.

reconoció y ordenó el pago de una pensión gracia a favor de la señora Rosa Elena Scarpetta Martínez, efectiva a partir del 13 de agosto de 1999.

ii) Conforme a la Resolución 39927 del 20 de agosto de 2008 que obra a folios 2 a 5 del archivo 7 del cd visto a folio 61, fue reliquidada la pensión gracia reconocida con la inclusión de factores salariales.

iii) El día 4 de julio de 2011 falleció la señora Rosa Elena Scarpetta Martínez, conforme al Registro Civil de Defunción 06831674 visto a folio 18.

iv) El día 6 de diciembre de 2011, el señor Jamer Agustín Chaverra Valencia solicitó la sustitución de la pensión gracia conforme se observa a folios 15 y 16.

v) De folios 3 a 7, la anterior petición fue resuelta mediante Resolución RDP 001235 del 16 de abril de 2012 expedida por la entidad demandada, que negó la sustitución pensional, por cuanto consideró que el señor Chaverra Valencia al encontrarse vinculado al régimen subsidiado y no hacer parte del grupo familiar de la EPS de la causante, no era beneficiario de la pensión. Acto administrativo notificado personalmente.

vi) Ante la anterior decisión fue interpuesto el recurso de apelación el día 30 de abril de 2012 (folio 24).

v) A través de Resolución 013822 del 30 de octubre de 2012 vista a folios 9 a 13, se confirmó en todas sus partes la resolución recurrida, bajo el argumento anteriormente referido, así:

«[...] Por lo tanto no es procedente el reconocimiento y pago de una pensión de sobrevivientes con ocasión del fallecimiento de la señora SCARPETTA MARTINEZ ROSA ELENA, ya que si bien es cierto se aportaron declaraciones extraproceso en las que se acredita el requisito de convivencia de cinco (5) años continuos con anterioridad a la muerte de la pensionada, la afiliación

del señor CHAVERRA VALENCIA JAMER AGUSTIN (sic) el (sic) régimen subsidiado EPS CAPRECOM como CABEZA DE FAMILIA desvirtuaría la convivencia, por lo tanto debe entrar a ser aclarado por el interesado por que (sic) no aparece como parte del grupo familiar de la causante, en el Sistema General de Salud. [...]» (Subrayas de la Sala).

vi) Reposa declaración extrajuicio del señor Jamer Agustín Chaverra Valencia en la cual indicó: «[...] Como compañero permanente de la señora ROSA ELENA SCARPETTA MARTINEZ (sic) (q.e.p.d.) quien se identificaba con cédula de ciudadanía N° 22.155.419 conviví con ella bajo un mismo techo en forma continua desde el día 16 de septiembre de 2004 hasta el día 04 de julio de 2011 fecha de su fallecimiento y dependía económicamente de mi compañera para poder subsistir, que no conozco a otra persona con igual o mejor derecho. [...]» (folio 21).

vii) La señora Criceria Rengifo Rentería en declaración extrajuicio ante la Notaría única de Turbo, manifestó que conocía al aquí demandante desde hace más de 20 años y que le constaba que convivía con la señora Rosa Elena bajo un mismo techo, en forma continua, desde el día 16 de septiembre de 2004 hasta el día 04 de julio de 2011, fecha de su fallecimiento. Además que dependía económicamente de la causante y aseguró no conocer a otra persona con igual o mejor derecho (folio 22).

viii) En igual sentido, se aportó la declaración extrajuicio del señor Félix Amancio Córdoba Mena, el cual afirmó que conocía al demandante desde hace más de 10 años y que le constaba que convivía con la señora Rosa Elena bajo un mismo techo, en forma continua, desde el día 16 de septiembre de 2004 hasta el día 04 de julio de 2011, fecha de su fallecimiento. Coincidió también en la dependencia económica del señor Chaverra Valencia (folio 23).

ix) A folios 30 y 31 obra copia del carné de afiliación de la señora Rosa Elena Scarpetta Martínez a la EPS Fundación Médico Preventiva en calidad de cotizante, así mismo, el certificado de afiliación por parte del señor Jamer Agustín Chaverra Valencia a la citada EPS como cotizante.

x) De igual forma, fue aportado con los alegatos de conclusión de primera instancia –que a pesar de ser aportada de forma tardía, constituye un indicio a favor del demandante-, la Resolución 3164 del 4 de junio de 2014, mediante la cual el municipio de Turbo reconoce a favor del señor Jamer Agustín Chaverra Valencia en calidad de compañero permanente y a los hijos mayores de edad Jesús Alberto y Paola Parda Scarpetta, seguro por muerte de la señora Rosa Elena (folios 115 a 118).

xi) Igualmente se allegó copia de la cédula de ciudadanía del señor Jamer Agustín Chaverra Valencia (folio 20).

De las pruebas obrantes en el plenario, se observa que para probar la convivencia, la parte demandante allegó declaraciones extrajuicio, las cuales si bien es cierto, no pueden ser valoradas como testimonios dentro del proceso judicial, sí procede su valoración como documentos declarativos de terceros.

En este sentido, el artículo 262 del Código General del Proceso preceptúa: «**Documentos declarativos emanados de terceros.** 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.» (Negrillas del texto).

De igual forma, esta Corporación en Sentencia del 14 de diciembre de 2016³¹, consideró que las pruebas extrajuicio a pesar de no haber sido ratificadas, sí se pueden valorar como prueba documental:

«[...]

4. Sin embargo, las declaraciones extrajuicio también tienen la naturaleza de pruebas documentales, comoquiera que se trata de escritos o impresos de

³¹ Consejo de Estado, Sección Tercera-Subsección B. Consejero ponente: Ramiro Pazos Guerrero. Expediente: 37.772 Radicación: 050012331000200703117-01.

contenido declarativo, definición que se encuadra con lo señalado al respecto en el artículo 251 del Código de Procedimiento Civil³². Sobre dichos medios de prueba la doctrina autorizada se ha pronunciado en el siguiente sentido:

El documento, como el testimonio o la confesión, es el resultado de una actividad humana; pero, como observa CARNELUTTI, mientras que los últimos son actos, el primero es una cosa creada mediante un acto que sirve para representar algo. Es decir, documento es toda cosa que sirve de prueba histórica indirecta y representativa de un hecho cualquiera; puede ser declarativo-representativo, cuando contenga una declaración de quien lo crea u otorga o simplemente lo suscribe, como es el caso de los escritos públicos o privados y de los discos y cintas de grabaciones magnetofónicas; puede ser únicamente representativo (no declarativo), cuando no contenga ninguna declaración, como ocurre en los planos, cuadros, radiografías, dibujos y fotografías. Pero siempre es representativo y eso lo distingue de las cosas u objetos que sin ser documentos pueden servir de prueba indiciaria, como una huella, un arma, una herida, etc. (C. de P. C., art. 251)³³.

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

³² «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.»

³³ Devis Echandía, Hernando, "Compendio de Derecho Procesal", Tomo II, "Pruebas Judiciales", octava edición, Ed. ABC Bogotá, 1984, p. 387

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 consideración adicional, como lo disponen el numeral segundo del artículo 277 del Código de Procedimiento Civil³⁴ y el numeral segundo del artículo 10 de la Ley 446 de 1998³⁵.

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 plenario³⁶. [...]»

En este orden de ideas, se tiene que al realizar un análisis en conjunto de las pruebas obrantes en el plenario, demuestran que a la fecha del fallecimiento de la señora Rosa Elena, el demandante convivía con la causante y que lo hizo

³⁴ «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.»

³⁵ «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. »

³⁶ 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.

por más de 5 años, circunstancia que además es reconocida por la parte demandante en los actos administrativos enjuiciados³⁷ cuando afirma «[...] ya que si bien es cierto se aportaron declaraciones extraproceso en las que se acredita el requisito de convivencia de cinco (5) años continuos con anterioridad a la muerte de la pensionada, la afiliación del señor CHAVERRA VALENCIA JAMER AGUSTIN (sic) el (sic) régimen subsidiado EPS CAPRECOM como CABEZA DE FAMILIA desvirtuaría la convivencia, [...]»

Así las cosas, es claro para esta Subsección que la negativa de la parte demandada para negar la sustitución pensional, tiene sustento en que el aquí demandante no hacía parte del grupo familiar beneficiario de la causante en la EPS y sumado a ello, que se encontraba afiliado en el régimen subsidiado. Al respecto, cabe aclarar que dicha circunstancia no es un requisito para el reconocimiento de la sustitución de la pensión, mucho menos es prueba fehaciente de la convivencia, así lo ha sostenido esta Corporación³⁸:

«[...]

Es necesario indicar que la Entidad en su escrito defirió al juez la valoración de la idoneidad de los medios de prueba para acreditar la convivencia de la actora con el desaparecido señor Jorí. Por ello, la Sala considera que el hecho de no haber sido la actora beneficiaria de su compañero permanente, durante toda su vida, del sistema general de seguridad social, en gracia de discusión, no constituye prueba de la no convivencia entre estos, porque en todo caso, bien lo indicó la Entidad, este requisito no está contenido en la ley que indica las exigencias para acceder a la pensión de sobrevivientes, y por ende, no puede reclamarse de manera indefectible para acceder a ella. [...]» (Resalta la Subsección).

Conforme a lo anteriormente esbozado, se encuentra que el hecho de que el demandante no sea beneficiario de la causante en la EPS, no es óbice para que se presuma que no existe convivencia, más aún cuando la entidad

³⁷ Folios 9 a 13.

³⁸ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A. Sentencia del 12 de diciembre de 2011. Consejo ponente: Luis Rafael Vergara Quintero. Radicación número: 76001-23-31-000-2011-1396-01(AC).

demandada es quien admite que existen medios probatorios que la demuestran, pero, que dada la certificación del Fosyga no le permite reconocer el derecho.

Se reitera, que la demostración de convivencia se puede probar a través de sendos medios probatorios, sin embargo, la afiliación a la EPS del compañero permanente de la causante no es un requisito para demostrar tal calidad, conforme los lineamientos citados con anterioridad por parte de esta Corporación.

En este sentido, los medios probatorios permiten llevar al convencimiento de la convivencia bajo el mismo techo y lecho entre ellos, durante algo más de los últimos 6 años de vida de la causante, es decir, que se demostró la convivencia entre la señora Rosa Elena (qepd) y el aquí demandante, hecho que no fue desvirtuado por la entidad demandada.

Finalmente, observa la Sala una clara paquidermia de la entidad demandada al pronunciarse respecto de las declaraciones extrajuicio aportadas o los demás medios probatorios o tratar de desvirtuarlos, pues la demanda no fue contestada, no solicitó las pruebas pertinentes para contradecir el dicho del demandante y tanto en los actos administrativos demandados, alegatos de conclusión y en el recurso de alzada, solo se limitan a afirmar que el demandante no aparece en el grupo familiar de la causante como beneficiario de la EPS y que por dicha razón niega el derecho a la sustitución pensional solicitado.

En conclusión: El demandante demostró el cumplimiento de los requisitos previstos en la Ley 100 de 1993 modificada por la Ley 797 de 2003, para ser beneficiario de la sustitución pensional de la pensión gracia que era titular la señora Rosa Elena Scarpetta Martínez.

Segundo problema jurídico

¿Procede la condena en costas a la entidad demandada en primera instancia por resultar vencida en el proceso?

De la condena en costas y agencias en derecho

Esta Subsección en providencia con ponencia del Magistrado William Hernández Gómez³⁹ sentó posición sobre la condena en costas en vigencia del CPACA, en los siguientes términos:

El concepto de las costas del proceso está relacionado con todos los gastos necesarios o útiles dentro de una actuación de esa naturaleza y comprende los denominados gastos o expensas del proceso llamados en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo gastos ordinarios del proceso⁴⁰ y otros como son los necesarios para traslado de testigos y para la práctica de la prueba pericial, los honorarios de auxiliares de la justicia como peritos y secuestres, transporte de expediente al superior en caso de apelación, pólizas, copias, etc.

Igualmente, el concepto de costas incluye las agencias del derecho que corresponden a los gastos por concepto de apoderamiento dentro del proceso, que el juez reconoce discrecionalmente a favor de la parte vencedora atendiendo a los criterios sentados en los ordinales 3.º y 4.º del artículo 366 del Código General del Proceso⁴¹, y que no necesariamente

³⁹ Al respecto ver sentencias de 7 de abril de 2016, Expedientes: 4492-2013, Actor: María del Rosario Mendoza Parra y 1291-2014, Actor: José Francisco Guerrero Bardi.

⁴⁰ Artículo 171 No. 4 en conc. Art. 178 ib.

⁴¹ “[...] 3. La liquidación incluirá el valor de los honorarios de auxiliares de la justicia, los demás gastos judiciales hechos por la parte beneficiada con la condena, siempre que aparezcan comprobados, hayan sido útiles y correspondan a actuaciones autorizadas por la ley, y las agencias en derecho que fije el magistrado sustanciador o el juez, aunque se litigue sin apoderado.

Los honorarios de los peritos contratados directamente por las partes serán incluidos en la liquidación de costas, siempre que aparezcan comprobados y el juez los encuentre razonables. Si su valor excede los parámetros establecidos por el Consejo Superior de la Judicatura y por las entidades especializadas, el juez los regulará.

4. Para la fijación de agencias en derecho deberán aplicarse las tarifas que establezca el Consejo Superior de la Judicatura. Si aquellas establecen solamente un mínimo, o este y un máximo, el juez tendrá en cuenta, además,

deben corresponder al mismo monto de los honorarios pagados por dicha parte a su abogado⁴² los cuales deberán ser fijados contractualmente entre éstos conforme los criterios previstos en el artículo 28 ordinal 8.º de la ley 1123 de 2007⁴³.

En materia de lo contencioso administrativo, la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura a través del Acuerdo 1887 de 2003⁴⁴ «vigente al momento de la expedición de la sentencia de primera instancia» fijó las agencias en derecho, de la siguiente manera:

[...] 3.1.2. Primera instancia.

«[...]

Sin cuantía : Hasta quince (15) salarios mínimos mensuales legales vigentes.

Con cuantía: Hasta el veinte por ciento (20%) del valor de las pretensiones reconocidas o negadas en la sentencia.

PAR.—En los procesos ejecutivos, hasta el quince por ciento (15%) del valor del pago ordenado o negado en la pertinente decisión judicial; si, además, la ejecución comprende el cumplimiento de obligaciones de hacer, se incrementará en un porcentaje igual al que fije el juez.

En los casos en que únicamente se ordene o niegue el cumplimiento de obligaciones de hacer, hasta seis (6) salarios mínimos mensuales legales vigentes. [...]»

Ahora bien, a raíz de la expedición del nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en anteriores

la naturaleza, calidad y duración de la gestión realizada por el apoderado o la parte que litigó personalmente, la cuantía del proceso y otras circunstancias especiales, sin que pueda exceder el máximo de dichas tarifas. [...]”

⁴² Criterio aceptado por la Corte Constitucional en Sentencia C-043 de 2004 y C-539 de 1999

⁴³ Regula la norma como deber de los abogados, el de “...fijar sus honorarios con criterio equitativo, justificado y proporcional frente al servicio prestado o de acuerdo a las normas que se dicten para el efecto, y suscribirá recibos cada vez que perciba dineros, cualquiera sea su concepto”

⁴⁴ Modificado por el Acuerdo PSAA16-10554 de 5 de agosto de 2016.

oportunidades y en materia de condena en costas, la Subsección A sostuvo que el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, no implicaba la condena de manera «*automática*» u «*objetiva*», frente a aquel que resultara vencido en el litigio.

Ello, en consideración a que debían observarse una serie de factores, tales como la temeridad, la mala fe y la existencia de pruebas en el proceso sobre los gastos y costas en el curso de la actuación, en donde el juez debía ponderar dichas circunstancias y sustentar la decisión, existiendo un margen de análisis mínimo en el que el juez evaluara las circunstancias para imponerla, o no⁴⁵.

Sin embargo, esta Subsección a través de la sentencia de 7 de abril de 2016⁴⁶ dentro del proceso radicado bajo el número 15001-23-33-000-2012-00162-01, número interno 4492 de 2013, varió aquella posición y acogió el criterio objetivo para la imposición de costas (incluidas las agencias en derecho) al concluir que no se debe evaluar la conducta de las partes (temeridad o mala fe), sino los aspectos objetivos respecto de la causación de las costas, tal como lo prevé el Código General del Proceso, con el fin de darle plena aplicación a su artículo 365. En dicha oportunidad concluyó lo siguiente:

- a) El legislador introdujo un cambio sustancial respecto de la condena en costas, al pasar de un criterio «*subjetivo*»–CCA- a uno «*objetivo valorativo*» –CPACA-.
- b) Se concluye que es «*objetivo*» porque en toda sentencia se “dispondrá” sobre costas, es decir, se decidirá, bien sea para condenar

⁴⁵ Ver entre otras, sentencias de 15 de abril de 2015, C.P. Alfonso Vargas Rincón (E), expediente No. 1343-2014. Actor: Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social – UGPP, sentencia de 15 de octubre de 2015, Expediente: 4383-2014, Actor: Rosa Yamile Ángel Arana, C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez (E), sentencia de 20 de enero de 2015, expediente número: 4583-2013, Actor: Ivonne Ferrer Rodríguez, M.P. Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

⁴⁶ Consejero ponente: William Hernández Gómez

total o parcialmente, o bien para abstenerse, según las precisas reglas del CGP.

- c) Sin embargo, se le califica de «*valorativo*» porque se requiere que en el expediente el juez revise si las mismas se causaron y en la medida de su comprobación. Tal y como lo ordena el CGP, esto es, con el pago de gastos ordinarios del proceso y con la actividad del abogado efectivamente realizada dentro del proceso. Se recalca, en esa valoración no se incluye la mala fe o temeridad de las partes.
- d) La cuantía de la condena en agencias en derecho, en materia laboral, se fijará atendiendo la posición de los sujetos procesales, pues varía según sea la parte vencida el empleador, el trabajador o el jubilado, estos últimos más vulnerables y generalmente de escasos recursos, así como la complejidad e intensidad de la participación procesal (Acuerdo núm. 1887 de 2003 Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura).
- e) Las estipulaciones de las partes en materia de costas se tendrán por no escritas, por lo que el juez en su liquidación no estará atado a lo así pactado por éstas.
- f) La liquidación de las costas (incluidas las agencias en derecho), la hará el despacho de primera o única instancia, tal y como lo indica el CGP⁴⁷, previa elaboración del secretario y aprobación del respectivo funcionario judicial.
- g) Procede condena en costas tanto en primera como en segunda instancia.

⁴⁷ “**ARTÍCULO 366. LIQUIDACIÓN.** Las costas y agencias en derecho serán liquidadas de manera concentrada en el juzgado que haya conocido del proceso en primera o única instancia, inmediatamente quede ejecutoriada la providencia que le ponga fin al proceso o notificado el auto de obediencia a lo dispuesto por el superior, con sujeción a las siguientes reglas:(...)”

Por lo anterior, se colige que la condena en costas implica una valoración objetiva valorativa que excluye como criterio de decisión la mala fe o la temeridad de las partes. En efecto, el artículo 188 del CPACA, regula que tratándose de costas en la jurisdicción de lo contencioso administrativo, en la sentencia el juez tiene la obligación de pronunciarse sobre dicho aspecto, con excepción de los asuntos en los que se ventile un interés público⁴⁸.

Así mismo, de la lectura del artículo 365 del Código General del Proceso, se observa que varias de las situaciones por las que se impone el pago de las costas del proceso, están relacionadas con el hecho de que una de las partes resultó vencida en el juicio, sin que para tal efecto se indique que adicionalmente debe verificarse mala fe o temeridad.

En el presente caso el *a quo* condenó en costas a la parte vencida, es decir a la entidad demanda. Ahora bien, en el presente asunto se promovió demanda en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho con el fin de obtener la nulidad del acto administrativo a través del cual se negó la sustitución pensional y la entidad demandada resultó vencida, pues en primera instancia se accedió a las pretensiones de la demanda, por lo tanto, no es de recibo el argumento de la entidad apelante según el cual no procedía la condena en costas porque actuó de buena fe.

Decisión de segunda instancia

Por lo anterior, se confirmará la sentencia de primera instancia, porque no prosperan los argumentos del recurso de apelación.

De la condena en costas

⁴⁸ Regula la norma lo siguiente: “[...] salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil [...]”.

Conforme a las consideraciones expuestas en el acápite anterior, se condenará en costas a la entidad demandada y a favor del demandante, en la medida que conforme el ordinal 3.º del artículo 365 del CPACA, resulta vencida en el proceso y la parte demandante intervino en esta instancia. Las costas serán liquidadas por el *a quo* de conformidad con el artículo 366 del CGP.

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

FALLA

Primero: Confirmar la sentencia del 29 de febrero de 2016 proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, que accedió a las pretensiones de la demanda incoada por el señor Jamer Agustín Chaverra Valencia contra la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales-UGPP.

Segundo: Condenar en costas a la entidad demandada y a favor de la parte demandante; las cuales se liquidarán por el *a quo*.

Tercero: Reconocer personería jurídica al abogado John Lincoln Cortés Cortés identificado con cédula de ciudadanía 79.950.516 y portador de la tarjeta profesional 153.211 del C.S.J. como apoderado de la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales-UGPP, acorde al poder general a él conferido obrante a folios 170 y 171.

Reconocer como apoderado sustituto al abogado José Alexander López Mesa identificado con cédula de ciudadanía 1.020.736.414 y portador de la tarjeta

profesional 259.510 del C.S.J., como apoderado sustituto de la UGPP, acorde al poder a él sustituido obrante a folio 261.

Cuarto: Ejecutoriada esta providencia, devolver el expediente al tribunal de origen previas las anotaciones pertinentes en el programa “Justicia Siglo XXI”.

Notifíquese y cúmplase.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en la presente sesión.

WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ

RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS

GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ