



**CONSEJO DE ESTADO**  
**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**  
**SECCIÓN SEGUNDA - SUBSECCIÓN A**  
**CONSEJERO PONENTE: GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ**

Bogotá D. C., siete (7) de febrero de dos mil diecinueve (2019)

**Radicado:** 25000-23-42-000-2013-01838-01 (1419-2017)  
**Accionante:** JORGE ALBERTO GARAY ESPINOSA  
**Accionado:** NACIÓN – MINISTERIO DE AGRICULTURA Y  
 DESARROLLO RURAL  
**Asunto:** Pensión de Sobreviviente. Ley 1437 de 2011.

SO. 006

Decide la Sala de Subsección el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de 7 de abril de 2016, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca - Sección Segunda – Subsección A, que accedió a las súplicas de la demanda presentada por el señor Jorge Alberto Garay Espinosa en contra de la Nación – Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural.

## I. ANTECEDENTES

### 1.1.- PRETENSIONES<sup>1</sup>

El señor Jorge Alberto Garay Espinosa, por intermedio de apoderado y en ejercicio del medio de control consagrado en el artículo 138 del Código de

---

<sup>1</sup> Folio 57.

Radicado: 25000-23-42-000-2013-01838-01 (1419-2017)  
Accionante: Jorge Alberto Garay Espinosa  
Accionado: Nación – Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural

Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, solicitó:

«1. Que es nula resolución número 000227, de fecha 8 de junio de 2010, expedida por el señor exsecretario General de Agricultura EDUARDO CARLOS GUTIERRES NOGUERA, mediante la cual “Resuelve:

*ARTÍCULO PRIMERO: Reponer en su totalidad la Resolución No. 000107 del 10 de marzo de 2010, en virtud al Recurso de Reposición interpuesto ante este Ministerio por señor JOSÉ HERNAN GARAY ESPINOSA identificado [...], y en su lugar, negar la solicitud de pensión de sobreviviente solicitada con ocasión del fallecimiento del señor JORGE JAVIER GARAY YEPES (q.e.p.d.), en virtud a lo expuesto en la parte considerativa del presente acto administrativo.*

2. Que a título de RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO, se ordene al MINISTERIO DE AGRICULTURA Y DESARROLLO RURAL el reconocimiento de “Pensión de Sobreviviente Vitalicia a partir de octubre 21 de 2009, con efecto fiscales desde el 1º de octubre de 2009, en cuantía de \$1.749.880.00 M/Cte., y las respectivas primas de servicio, cifra que será incrementada anualmente, según los índices de precios al consumidor, establecidos por el Gobierno Nacional, a favor del señor JORGE ALBERTO GARAY ESPINOSA, identificado [...], en calidad de hijo inválido, de conformidad con la parte motiva de la presente Resolución.”

Esto según la Resolución 000107 del 10 de marzo de 2010 del MINISTERIO DE AGRICULTURA Y DESARROLLO RURAL.

3. Que como consecuencia de las anteriores declaraciones se condene a la NACIÓN – MINISTERIO DE AGRICULTURA Y DESARROLLO RURAL- a reconocer y pagar al actor, o a quien represente sus derechos, todas las sumas correspondientes a mesadas, primas, y demás emolumentos dejados de percibir, inherente a la Pensión del subsidio, con efectividad a la fecha de fallecimiento del señor JORGE JAVIER GARAY YEPES, hasta la fecha de la sentencia ejecutoriada con ocasión de esta demanda y que se le continúe pagando esta mesada de conformidad con las leyes dictadas a favor de los pensionados en Colombia.

[...]»

## 1.2.- HECHOS<sup>2</sup>

En 1988, el señor Jorge Alberto Garay Espinosa sufrió un trauma

---

<sup>2</sup> Folios 52 a 56.

Radicado: 25000-23-42-000-2013-01838-01 (1419-2017)  
Accionante: Jorge Alberto Garay Espinosa  
Accionado: Nación – Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural

craneoencefálico que le generó padecimiento de demencia y epilepsia, por lo que, mediante sentencia de 23 de mayo de 2005, proferida por el Juzgado Catorce de Familia de Bogotá, fue declarado interdicto, siendo su curador el señor José Hernán Garay Espinosa.

El 4 de diciembre de 2009, a través de su curador, solicitó el reconocimiento de la sustitución pensional de su padre, el señor Jorge Javier Garay Yepes, ante el fallecimiento de éste.

La Nación – Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, mediante la Resolución No. 0107 de 10 de marzo de 2010, efectuó el reconocimiento pensional a partir del 1º de octubre de 2009.

El 9 de abril de 2010, el curador del accionante presentó escrito solicitando información sobre unas supuestas imprecisiones que evidenció en el acto administrativo precitado, sin que en dicho memorial pidiera la revocatoria del mismo o interpusiera recurso alguno.

No obstante, la entidad accionada dio trámite a la solicitud como un recurso de reposición y, mediante Resolución No. 0227 de 8 de junio de 2010, repuso la decisión y negó el reconocimiento pensional al señor Garay Espinosa, entre otras razones, por no encontrarse acreditada la dependencia económica del causante y por ser beneficiario de la sustitución pensional de su madre.

A través de apoderado, el accionante presentó solicitud de revocatoria directa ante el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, argumentando que el memorial presentado por el señor José Hernán Garay Espinosa no constituyó un recurso de reposición, y por tanto no debió tramitarse de esa forma. Mediante la Resolución No. 551 de 2011, la entidad no accedió a revocar el acto acusado.

### **1.3.- DISPOSICIONES VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN<sup>3</sup>**

Se invocó en la demanda la violación de las siguientes disposiciones normativas: artículos 2º, 6º, 25, 29 y 125 de la Constitución Política y artículo 84 del Código Contencioso Administrativo.

Como concepto de violación, el apoderado del demandante indicó que el acto administrativo acusado incurrió en falsa motivación y en infracción a las normas en que debió fundarse, toda vez que el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural decidió revocar el reconocimiento pensional del accionante, con base en una solicitud en sede administrativa que, bajo ninguna circunstancia, debía tramitarse como recurso de reposición, pues ello es violatorio del proceso administrativo que la ley impone para revocar derechos particulares y concretos.

### **1.4.- CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA<sup>4</sup>**

La Nación – Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, a través de apoderada, contestó la demanda y se opuso a la prosperidad de todas las pretensiones, por considerar que con el acto administrativo acusado no se desconoció el debido proceso del accionante, en atención a que el escrito presentado por el señor José Hernán Garay Espinosa evidenció ciertas irregularidades en la orden que otorgaba la pensión, que imponían su revocatoria.

En efecto, sostuvo que el reconocimiento de sustitución pensional era improcedente teniendo en cuenta la prohibición consagrada en el artículo 128 de la Constitución Política, pues el accionante es beneficiario de la pensión de su madre, lo cual genera no solo que no pueda percibir otra

---

<sup>3</sup> Folio 58.

<sup>4</sup> Folio 83 a 91.

Radicado: 25000-23-42-000-2013-01838-01 (1419-2017)  
Accionante: Jorge Alberto Garay Espinosa  
Accionado: Nación – Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural

prestación del erario sino que desvirtúa la dependencia económica del causante Jorge Javier Garay Reyes.

Finalmente, expuso que el juez debe declararse inhibido para pronunciarse frente al acto administrativo contenido en la Resolución No. 551 de 21 de septiembre de 2011, la cual resolvió la solicitud de revocatoria directa presentada por el accionante, toda vez que ésta no fue demandada.

**1.5.- LA SENTENCIA APELADA<sup>5</sup>**

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Segunda – Subsección A, mediante sentencia de 7 de abril de 2016, declaró la nulidad de la Resolución No. 0227 de 8 de junio de 2010 y ordenó al Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural que reconociera y pagara al señor Jorge Alberto Garay Espinosa pensión de sobrevivientes a partir del 22 de octubre de 2009, día siguiente al fallecimiento de su padre.

En cuanto a la **violación al debido proceso en la expedición del acto acusado**, el *a quo* indicó que la misma tuvo lugar cuando la administración escogió la vía inadecuada para pronunciarse sobre unas anomalías en el proceso de reconocimiento pensional, en atención que si bien la entidad demandada, a través del acto acusado dice resolver un recurso de reposición y, en consecuencia, repone la decisión adoptada; lo cierto es que lo que se llevó a cabo fue una revocatoria directa de un acto administrativo con efectos particulares y concretos, sin el cumplimiento de los requisitos y formalidades dispuestas en la ley.

Por otro lado, frente a la **ineptitud de la demanda por no comprender la totalidad de actos administrativos a demandar**, la primera instancia

---

<sup>5</sup> Folios 109 a 129.

sostuvo que, con base en el artículo 163 de la Ley 1437 de 2011, habiéndose demandado el acto administrativo principal, se deben entender por demandados los que se profirieron *a posteriori* dentro de la misma actuación.

Finalmente, sobre el **reconocimiento pensional**, el Tribunal de Cundinamarca precisó que, de conformidad con lo señalado por la Corte Constitucional, ni la incompatibilidad pensional opera respecto de las pensiones de sobrevivientes, ni el hecho de percibir una mesada pensional configura independencia económica del beneficiario.

#### **1.6.- LA APELACIÓN<sup>6</sup>**

Contra la decisión anterior, el apoderado de la parte demandada interpuso recurso de apelación, en escrito en el que solicitó que se revocara la decisión de primera instancia y, en su lugar, se negaran las pretensiones de la demanda.

En primer lugar, sostuvo que la administración, en atención a lo dispuesto en el artículo 74 de la Ley 1437 de 2011, sí podía revocar la Resolución No. 00107 de 2010, basándose en la información suministrada por el señor José Hernán Garay Espinosa, quien conocía de primera mano la situación familiar y económica del accionante, al advertir que éste es beneficiario de la sustitución pensional de su madre.

En segundo lugar, manifestó que en el presente caso no se encuentra acreditada la dependencia económica del señor Jorge Alberto Garay Espinosa frente al causante, teniendo en cuenta que ya cuenta con una pensión.

---

<sup>6</sup> Folios 137 a 140.

Radicado: 25000-23-42-000-2013-01838-01 (1419-2017)  
Accionante: Jorge Alberto Garay Espinosa  
Accionado: Nación – Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural

## **1.7.- ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA**

**1.7.1.** El señor **Jorge Alberto Garay Espinosa**<sup>7</sup>, mediante apoderado, presentó alegatos de conclusión, y solicitó que se confirmara la sentencia apelada, por cumplir con la totalidad de requisitos para acceder al beneficio de la sustitución pensional.

**1.7.2.** La **Nación – Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural**<sup>8</sup>, a través de apoderada, alegó de conclusión e insistió en que, con base en el artículo 74 de la Ley 1437 de 2011, la administración sí podía proferir la Resolución No. 227 de 8 de junio de 2010, que revocó el acto que había efectuado el reconocimiento pensional.

## **1.8.- CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO**<sup>9</sup>

El ministerio público solicitó que se confirmara la sentencia de primera instancia por considerar que (i) la entidad accionada no debió considerar el escrito presentado por el señor José Hernán Garay Espinosa como un recurso de reposición contra la decisión que había efectuado el reconocimiento pensional, pues esto el violatorio del derecho al debido proceso; y (ii) la dependencia económica sí se encuentra acreditada, en atención al estado de invalidez del accionante, quien tiene una pérdida de capacidad laboral de 70.44%.

## **II. CONSIDERACIONES**

Como no se observa causal que invalide lo actuado, procede la Sala de Subsección a decidir previas las siguientes consideraciones.

---

<sup>7</sup> Folio 210 a 215.

<sup>8</sup> Folio 217 a 219.

<sup>9</sup> Folio 220 a 228.

## **2.1.- PROBLEMA JURÍDICO**

De acuerdo con los argumentos expuestos en la sentencia apelada y los que fundamentaron el recurso de apelación presentado por la parte demandada, le corresponde a la Sala de la Subsección determinar si: (i) el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural podía revocar la Resolución No. 00107 de 2010, que reconoció sustitución pensional en favor del señor Jorge Alberto Garay Espinosa con ocasión al fallecimiento de su padre Jorge Javier Garay Yepes; y (ii) si cumple con los requisitos para ser beneficiario de la misma.

En ese sentido, con el fin de resolver el problema jurídico, se estudiarán las pruebas obrantes en el expediente frente al marco normativo y jurisprudencial aplicable al caso.

## **2.2.- MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL APLICABLE AL CASO**

### **2.2.1.- DE LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES Y LA SUSTITUCIÓN PENSIONAL**

En lo que tiene que ver con el régimen de pensiones, su objetivo es garantizar a la población el amparo contra las eventualidades derivadas de la vejez, la invalidez y la muerte, mediante el reconocimiento de las mismas y las demás prestaciones que se determinan en la citada ley.

Así pues, con la finalidad de atender la contingencia derivada de la muerte, el legislador previó una prestación dirigida a suplir la ausencia repentina del apoyo económico que brindaba el afiliado al grupo familiar y, por ende, evitar que su deceso se traduzca en un cambio sustancial de las condiciones mínimas de subsistencia de las personas beneficiarias de

Radicado: 25000-23-42-000-2013-01838-01 (1419-2017)  
 Accionante: Jorge Alberto Garay Espinosa  
 Accionado: Nación – Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural

dicha prestación. Es decir, que su reconocimiento se fundamenta en normas de carácter público y constituye un desarrollo del principio de solidaridad.

En este orden de ideas, esta Sala de Subsección<sup>10</sup>, como punto relevante, ha aclarado que si bien la pensión de sobreviviente y la sustitución pensional tienen la misma finalidad de evitar que los beneficiarios de un trabajador fallecido carezcan del apoyo económico que éste les brindaba; la **sustitución pensional** es aquella prestación que se le otorga al núcleo familiar de un pensionado que fallece o del afiliado que cumple con los requisitos legalmente exigibles para pensionarse y fallece, en cambio la **pensión de sobreviviente** es aquella prestación que se le otorga al núcleo familiar del afiliado no pensionado, que fallece sin cumplir con los requisitos mínimos para obtener la pensión.

## 2.2.2. BENEFICIARIOS DE LA SUSTITUCIÓN PENSIONAL

De conformidad con los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993, modificados por los artículos 12 y 13 de la Ley 797 de 2003,<sup>11</sup> tendrán

<sup>10</sup> Consejo de Estado – Sección Segunda – Subsección A. Sentencia de 9 de noviembre de 2017. Consejero Ponente: William Hernández Gómez.

<sup>11</sup>[...] **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

Radicado: 25000-23-42-000-2013-01838-01 (1419-2017)  
 Accionante: Jorge Alberto Garay Espinosa  
 Accionado: Nación – Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural

derecho a la sustitución pensional, los miembros del grupo familiar del pensionado por vejez que fallezca, advirtiéndose tres grupos de beneficiarios excluyentes entre sí, toda vez que a falta de uno lo sucederá el otro, así: (i) cónyuge o compañera permanente e hijos con derecho; (ii) padres con derecho; y (iii) hermanos con derecho.

Asimismo, la Sección Segunda<sup>12</sup> de esta Corporación al resolver la acción de nulidad por inconstitucional interpuesta contra el artículo 6º del Decreto 1160 de 1989, resolvió:

«2.2. Ámbito de aplicación de la norma acusada.

A estas conclusiones de derogatoria tácita parcial de la legislación anterior sobre pensiones y aplicación para algunos destinatarios llega la Sala, primero, porque como ya se dijo, la comparación de las disposiciones anteriores a la vigencia de la Ley 100 con el régimen que ella contiene, permiten afirmar que la preceptiva demandada se encuentra derogada en cuanto a los regímenes que deben gobernarse por la Ley 100 de 1993 y, segundo, porque los exceptuados en el Artículo 279 ibídem, al no estar comprendidos dentro del ámbito de aplicación del nuevo sistema, deben regirse por la legislación anterior en cuanto sea compatible con cada régimen especial y mientras, como es obvio, el legislador no expida un sistema de pensiones para tales destinatarios.

Reza el Artículo 279 de la Ley 100 de 1993:

Excepciones: El sistema integral de seguridad social contenido en la presente ley no se aplica a los miembros de Fuerzas Militares y de la

---

**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 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 cumplan con el mínimo de condiciones académicas que establezca el Gobierno; y, los hijos inválidos si dependían económicamente del causante, esto es, que no tienen ingresos adicionales, mientras subsistan las condiciones de invalidez. Para determinar cuándo hay invalidez se aplicará el criterio previsto por el artículo 38 de la Ley 100 de 1993;

d) A falta de cónyuge, compañero o compañera permanente e hijos con derecho, serán beneficiarios los padres del causante si dependían económicamente de forma total y absoluta 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 [...]” (Se subraya).

<sup>12</sup> Consejo de Estado – Sección Segunda. Sentencia de 10 de octubre de 1996. Consejera ponente: DOLLY PEDRAZA DE ARENAS.

Radicado: 25000-23-42-000-2013-01838-01 (1419-2017)  
Accionante: Jorge Alberto Garay Espinosa  
Accionado: Nación – Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural

Policía Nacional, ni al personal regido por el Decreto ley 1214 de 1990, con excepción de aquel que se vincule a partir de la vigencia de la presente ley, ni a los miembros no remunerados de las Corporaciones Públicas.

Así mismo, se exceptúa a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio, creado por la Ley 91 de 1989, cuyas prestaciones a cargo serán compatibles con pensiones o cualquier clase de remuneración. Este fondo será responsable de la expedición y pago de bonos pensionales en favor de los educadores que se retiren del servicio, de conformidad con la reglamentación que para el efecto se expida.

Se exceptúan también los trabajadores de las empresas que al empezar a regir la presente ley, estén en concordato preventivo y obligatorio en el cual se hayan pactado sistemas o procedimientos especiales de protección de las pensiones, y mientras dure el respectivo concordato.

Igualmente, el presente régimen de seguridad social, no se aplica a los servidores públicos de la Empresa Colombiana de Petróleos, ni a los pensionados de la misma. Quienes con posterioridad a la vigencia de la presente ley, ingresen a la Empresa Colombiana de Petróleos—Ecopetrol—, por vencimiento del término de contratos de concesión o de asociación, podrán beneficiarse del régimen de seguridad social de la misma, mediante la celebración de un acuerdo individual o colectivo, en términos de costos, forma de pago y tiempo de servicio, que conduzca a la equivalencia entre el sistema que los ampara en la fecha de su ingreso y el existente en Ecopetrol.

Parágrafo 2º. La pensión de gracia para los educadores de que trata las leyes 114 de 1913, 116 de 1928 y 37 de 1933, continuarán a cargo de la Caja Nacional de Previsión y del Fondo de Pensiones Públicas a nivel nacional, cuando éste sustituya a la Caja en el pago de sus obligaciones pensionales.

Parágrafo 3º. Las pensiones de que tratan las leyes 126 de 1985 adicionada por la Ley 71 de 1988, continuarán vigentes en los términos y condiciones en ellas contemplados.» (Subrayado y negrillas fuera del texto)

Los miembros del grupo familiar del pensionado que fallezca, tiene derecho al beneficio de la sustitución pensional en el siguiente orden:

«Artículo 6º.- Beneficiarios de la sustitución pensional. Extiéndanse las previsiones sobre sustitución pensional:

Radicado: 25000-23-42-000-2013-01838-01 (1419-2017)  
Accionante: Jorge Alberto Garay Espinosa  
Accionado: Nación – Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural

1. En forma vitalicia al cónyuge sobreviviente y, a falta de éste, al compañero o a la compañera permanente del causante.

Se entiende que falta el cónyuge:

- a) Por muerte real o presunta;
- b) Por nulidad del matrimonio civil o eclesiástico;
- c) Por divorcio del matrimonio civil.

**2. A los hijos menores de 18 años, inválidos de cualquier edad y estudiantes de 18 años o más de edad, que dependan económicamente del causante, mientras subsistan las condiciones de minoría de edad, invalidez o estudios.**

3. A falta de cónyuge, compañero o compañera permanente o hijos con derecho, en forma vitalicia a los padres legítimos, naturales o adoptantes del causante, que dependan económicamente de éste.

4. A falta de cónyuge, compañero o compañera permanente hijos y padres con derecho, a los hermanos inválidos que dependan económicamente del causante hasta cuando cese la invalidez.

Parágrafo- Los órdenes de sustitución consagrados en el presente artículo, se aplicarán a la pensión especial establecida en el artículo 1o. de la Ley 126 de 1985 en favor de los beneficiarios de los funcionarios o empleados de la Rama Jurisdiccional y del Ministerio Público, conforme al artículo 4 de la Ley 71 de 1988.» (Negrilla fuera del texto)

De la norma en cita se advierte que existen tres grupos de beneficiarios excluyentes entre sí, toda vez que a falta de uno lo sucederá el otro, así: (i) cónyuge o compañera permanente e hijos con derecho; (ii) padres con derecho; y (iii) hermanos con derecho. En atención a lo que es objeto de debate en el caso sub examine, se procederá al estudio de los requisitos que deben cumplirse por el segundo grupo de beneficiarios.

### **2.3. CASO CONCRETO**

De conformidad con el marco normativo y jurisprudencial expuesto, la Sala de Subsección resolverá el problema jurídico planteado, para lo cual se tendrán como pruebas útiles, pertinentes y conducentes las siguientes:

Radicado: 25000-23-42-000-2013-01838-01 (1419-2017)  
Accionante: Jorge Alberto Garay Espinosa  
Accionado: Nación – Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural

- Dictamen de invalidez de 27 de junio de 2012, expedido por la Junta de Calificación de Bogotá, según el cual el señor Jorge Alberto Garay Espinosa tiene un pérdida de capacidad del 70.44%. (f. 20 a 24)
- Resolución No. 00107 de 10 de marzo de 2010, proferida por el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, que reconoce pensión de sobrevivientes vitalicia al accionante a partir del 21 de octubre de 2009. (f. 190 a 195)
- Escrito presentado por el señor José Hernán Garay Espinosa el 12 de abril de 2010 en el que manifiesta imprecisiones frente al reconocimiento pensional, en el que señala:

«[...] considero importante manifestarles que al leer dicha Resolución en la parte del Considerando, encuentro las siguientes imprecisiones e irregularidades así:

1. Se cita que con fecha 11 de Septiembre de 2.002, se designó como curador a la Señora ANA GABRIELA ESPINOSA DE GARAY madre del solicitante, lo cual no es cierto ya que los únicos curadores registrados en la nota marginal de la notaría séptima del Círculo de Bogotá hemos sido MARIA PIEDAD GARAY ESPINOSA en calidad de Curadora Provisional y quien fuera retirada del Cargo y luego nombrado Yo en calidad de Curador definitivo.

2. Se manifiesta como documentos presentados (2) Dos Cartas presentadas por las Señora CLARA AMERIA VELEZ ZULETA y MARIA CONSTANZA ORTIZ FLOREZ las cuales Yo desconocía de su existencia o intención de presentación alguna; hasta el día de hoy en lectura de la Resolución en mención, dejando de manifiesto que falta a la verdad al manifestar que mi Hermano JORGE ALBERTO GARAY ESPINOSA dependían económicamente de mi Padre JORGE JAVIER GARAY YEPES (q.e.p.d.); ya que mi Hermano goza del Beneficio de Sustitución en forma definitiva de una Pensión de Jubilación de mi Madre fallecida por parte de la liquidada Caja de Previsión Social de la Superintendencia Bancaria mediante Resolución No. 324 del 30 de Julio de 2.002 hoy esta pensión está siendo aún reconocida por parte de la Superintendencia Financiera de Colombia, como pueden dar fe en dicha entidad, por lo que dejo manifiesto que se han adjuntado documentos a

Radicado: 25000-23-42-000-2013-01838-01 (1419-2017)  
Accionante: Jorge Alberto Garay Espinosa  
Accionado: Nación – Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural

mi modo de ver de forma irregular, al ser presentados sin mi conocimiento y consentimiento, lo anterior lo dejo de antemano manifiesto ya que no quiero se me pueda ver involucrado en actos que se califiquen luego como fraudulentos o de falsedad en el trámite del estudio de posible sustitución pensional, por mi solicitado.

Manifiesto nuevamente, que envié (*sic*) adjunto a la presente, el Acta de Notificación firmada, pero que deseo y solicito a Ustedes muy respetuosamente se me de claridad y apreciación sobre las imprecisiones que he manifestado; para luego de esto saber si se realizará nuevamente revisión a la solicitud por mi presentada y la debida corrección a las imprecisiones por mi manifiestas a la resolución expedida, para luego de conocer de esta manera sus apreciaciones poder proceder de conformidad con las instrucciones recibidas por el funcionario Alejandro Sierra en comunicación telefónica al inicio de esta semana y para tramitar la apertura de la cuenta Bancaria, notificarles de su apertura y así poder recibir las mesadas pensionales.

[...]» (f. 33 a 34)

- Resolución No. 227 de 8 de junio de 2010, proferida por el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, que repone la Resolución No. 00107 de 10 de marzo de 2010 y niega la solicitud de sustitución pensional. (f. 36 a 39)
- Certificado de 4 de agosto de 2011, mediante el cual la subdirectora de recursos humanos de la Superintendencia Financiera señala que el señor Jorge Alberto Garay Espinosa es beneficiario de la sustitución pensional de su madre, la señora Gabriela Espinosa de Garay, y recibe un total de \$1.222.825. (f. 40)
- Declaración rendida por la señora Clara Amelia Vélez Zuleta ante la Notaría Única de la Dorada, en la que sostiene que el accionante es una persona discapacitada que vivía, comía y salía en compañía de su padre, de quien dependía económicamente. (f. 41)
- Declaración rendida por la señora María Constanza Ortiz Flórez

Radicado: 25000-23-42-000-2013-01838-01 (1419-2017)  
Accionante: Jorge Alberto Garay Espinosa  
Accionado: Nación – Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural

ante la Notaría Única de la Dorada, en la que sostiene que el accionante es una persona discapacitada que vivía, comía y salía en compañía de su padre, de quien dependía económicamente. (f. 42)

De las pruebas relacionadas, la Sala de Subsección, considera:

**2.3.1. De la violación al debido proceso con la expedición de la Resolución No. 227 de 8 de junio de 2010:**

El Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, mediante la Resolución No. 227 de 8 de junio de 2010, decidió reponer la Resolución No. 107 de 10 marzo de 2010 que había otorgado la sustitución pensional al señor Jorge Alberto Garay Espinosa, como beneficiario de su padre Jorge Javier Garay Yepes, y en su lugar, negó el reconocimiento pretendido.

La entidad accionada, justificó su actuación en un escrito presentado por el señor José Hernán Garay Espinosa, en su calidad de curador del demandante, el 12 de abril de 2010, donde éste señalaba, entre otras precisiones, que el señor Jorge Alberto Garay Espinosa era beneficiario de la sustitución pensional de su madre. No obstante, el accionante considera que dicha actuación es violatoria del derecho al debido proceso, toda vez que contra la Resolución No. 107 de 10 marzo de 2010 no se interpuso recurso alguno y la revocatoria efectuada por el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural no cumple con los requisitos establecidos en la ley.

Al respecto, si bien en el escrito de apelación, la entidad expone que, con base en el artículo 74 de la Ley 1437 de 2011, sí podía revocar el acto administrativo en cuestión, al hacerlo desconoce garantías constitucionales como la *non reformatio in pejus*, en atención a que el

escrito presentado por el curador no podía entenderse como un recurso en procura de la revocatoria del derecho pensional de su representado, sino un memorial donde pone de presente lo que entiende como inconsistencias o irregularidades en el contenido del acto acusado.

En ese orden de ideas, esta Sala de Subsección considera que le asiste razón al *a quo* al precisar que:

«[...] si para el Ministerio de Agricultura aquello [el escrito presentado por el curador] era un recurso, debió considerar que por su misma naturaleza estos se entienden interpuestos frente a los desfavorable, y en respeto de la no reformatio in pejus quien resuelve un recurso no puede desmejorar a quien lo ha interpuesto. Si bien el principio dicha garantía constitucional cobra su total esplendor en los procesos judiciales, donde el apelante único no se le puede desmejorar lo obtenido, ya de tiempo atrás la jurisprudencia constitucional ha dejado claro que la misma se extiende a todas las actuaciones administrativas.» (Subrayado y negrilla fuera del texto) (f. 115 y 116)

Señalado lo anterior, se tiene que el escrito de 12 de abril de 2010 no indica que se interpone un recurso contra la resolución que reconoció la sustitución pensional y de lo pedido no se puede inferir que está inconforme con el acto administrativo o que el curador del accionante pretende recurrir una decisión que le era favorable.

En ese sentido, si ni el accionante ni su curador presentaron recurso de reposición contra la Resolución No. 00107 de 2010, la administración efectuó un revocatoria directa del acto en cuestión, sin cumplir con los requisitos establecidos por la ley, la cual, al ser una situación ocurrida en vigencia del Código Contencioso Administrativo, solo era procedente para actos administrativos particulares y concretos cuando (i) se tratara de un acto ficto o presunto; y (ii) el mismo fue obtenido a través de medios ilegales o fraudulentos, los cuales tienen que ser evidentes y debe existir una relación de causalidad entre la conducta ilegal y la expedición del acto administrativo que se pretende revocar.

Radicado: 25000-23-42-000-2013-01838-01 (1419-2017)  
Accionante: Jorge Alberto Garay Espinosa  
Accionado: Nación – Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural

Al respecto, la Corte Constitucional ha señalado:

«5.17. En resumen, en situaciones reguladas por el anterior código (Decreto 01 de 1984), la Administración puede revocar aquellos actos administrativos de contenido particular y concreto que han creado situaciones jurídicas particulares y reconocido derechos de igual categoría, sin consentimiento del titular, cuando además de presentarse las causales generales de revocatoria (artículo 69 del CCA) también se comprueba que el mismo fue obtenido por medios ilegales o fraudulentos.

Para tal efecto, en caso de revocar de manera directa un acto administrativo de contenido particular y concreto aduciendo que el mismo fue expedido por medios ilegales la entidad pública deberá acreditar la eficacia del medio ilegal para la producción del acto que se pretende revocar. Ello, supone como mínimo, que la causa en la que se sustenta la ilegalidad del acto administrativo sea anterior a la expedición del acto administrativo.

Asimismo, la Administración deberá adelantar el procedimiento establecido en los artículos 28 y 74 del CCA. De acuerdo con ello, deberá comunicar a los particulares que puedan resultar afectados por la decisión de revocar un acto administrativo el inicio de la actuación administrativa que será adelantada con el fin de determinar las causas de la ilegalidad del acto y de encontrarlo necesario practicar las pruebas de oficio o a petición de parte que resulten pertinentes.»<sup>13</sup>

Así las cosas, encuentra esta Sala de Subsección que sí existe una violación al derecho al debido proceso del señor Garay Espinosa, porque no era procedente la revocatoria directa de la Resolución No. 00107 de 2010 al no haberse probado la ilegalidad del acto, ni ninguna de las causales establecidas en la ley.

**2.3.2. De la dependencia económica:**

Sobre este punto, se tiene que el accionante es beneficiario de la sustitución pensional de su madre, quien antes de su fallecimiento era pensionada de la Superintendencia Financiera, sin embargo, este hecho no configura necesariamente la independencia económica del señor

---

<sup>13</sup> Corte Constitucional. Sentencia SU050 de 2017.

Garay Espinosa, tal como lo ha sostenido la Corte Constitucional<sup>14</sup>, a saber:

«[...] se han identificado por la jurisprudencia un conjunto de reglas que permiten determinar si una persona es o no dependiente, a partir de la valoración del denominado mínimo vital cualitativo, o lo que es lo mismo, del conjunto de condiciones materiales necesarias para asegurar la congrua subsistencia de cada persona en particular. Estos criterios se pueden resumir en los siguientes términos:

1. Para tener independencia económica los recursos deben ser suficientes para acceder a los medios materiales que garanticen la subsistencia y la vida digna.
2. El salario mínimo no es determinante de la independencia económica.
3. No constituye independencia económica recibir otra prestación. Por ello, entre otras cosas, la incompatibilidad de pensiones no opera en tratándose de la pensión de sobrevivientes como lo reconoce expresamente el artículo 13, literal j, de la Ley 100 de 1993.
4. **La independencia económica no se configura por el simple hecho de que el beneficiario esté percibiendo una asignación mensual o un ingreso adicional.**
5. Los ingresos ocasionales no generan independencia económica. Es necesario percibir ingresos permanentes y suficientes.
6. Poseer un predio no es prueba suficiente para acreditar independencia económica.» (Subrayado y negrilla fuera del texto)

Dicho lo anterior, de las pruebas obrantes en el expediente se advierte que el señor Garay Espinosa tiene un porcentaje de pérdida de capacidad laboral del 70.44%, y si bien no requiere de otras personas para la realización de las actividades elementales de la vida, dada su condición de invalidez, no puede proveer para su subsistencia. (f. 23 a 26)

Asimismo, según declaraciones rendidas por las señoras Clara Amelia Vélez Zuleta y María Constanza Ortiz Flórez, previamente citadas (f. 41 y

---

<sup>14</sup> Sentencia C-111 de 2006.

Radicado: 25000-23-42-000-2013-01838-01 (1419-2017)  
Accionante: Jorge Alberto Garay Espinosa  
Accionado: Nación – Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural

42), el accionante dependía de su padre para alimentación y vivienda, con lo cual, si bien goza de un ingreso por el fallecimiento de la madre, esto no indica que tenga solvencia económica, más atendiendo a que la finalidad de la sustitución pensional es que el beneficiario mantenga el nivel de subsistencia que existía en vida del causante.

En este sentido, esta Sala de Subsección considera que el accionante cumple con los requisitos legales para ser beneficiario de la pensión de sobrevivientes de su padre, por lo que confirmará la sentencia de 7 de abril de 2016, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Segunda – Subsección A.

#### **2.4.- DE LA CONDENA EN COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA<sup>15</sup>**

En cuanto a la condena en costas en vigencia del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo este Despacho y la Corporación ya lo ha analizado con detenimiento<sup>16</sup> y previó que el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011 señala que «salvo en los procesos en los 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», hoy día por el Código General del Proceso, y estableció unas conclusiones básicas:

- a) La legislación varió del C.P.C. al CPACA para la condena en costas de un criterio subjetivo a uno objetivo;

<sup>15</sup> Sobre el particular: Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección A. Sentencia de 3 de marzo de 2016. Rad. 25000-23-42-000-2012-01460-01 (1753-2014). Consejero ponente doctor GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ. En el mismo sentido: Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección A. sentencia de 7 de abril de 2016. Rad. 13001-23-33-000-2013-00022-01 (1291-2014). Consejero ponente doctor WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ.

<sup>16</sup> Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección A. Sentencia de 3 de marzo de 2016. Rad. 25000-23-42-000-2012-01460-01 (1753-2014). Consejero ponente doctor GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ. En el mismo sentido: Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección A. Sentencia de 7 de abril de 2016. Rad. 13001-23-33-000-2013-00022-01 (1291-2014).

Radicado: 25000-23-42-000-2013-01838-01 (1419-2017)  
Accionante: Jorge Alberto Garay Espinosa  
Accionado: Nación – Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural

- b) Toda sentencia «dispondrá» sobre costas, bien sea con condena total o parcial o con abstención;
- c) Se requiere que en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación (como sucede con el pago de gastos ordinarios del proceso y con la actividad profesional realizada dentro del proceso)
- d) La cuantía de la condena en agencias en derecho se hará atendiendo el criterio de la posición en la relación laboral, pues varía según sea parte vencida, si es el empleador o si es el trabajador (Acuerdo 1887 de 2003 Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura), la complejidad e intensidad de la participación procesal ; y,
- e) Las estipulaciones de las partes en materia de costas se tendrán por no escritas.

Atendiendo esa orientación se debe dar cumplimiento al numeral 1º del artículo 365 del Código General del Proceso y condenar en costas a la entidad demandada, a quien se le resolvió desfavorablemente el recurso de apelación y en cuanto se generó la intervención del apoderado de la parte demandante en la segunda instancia.

### III. DECISIÓN

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

### IV. FALLA

**PRIMERO.- CONFÍRMASE** la sentencia de 7 de abril de 2016, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Segunda –

Radicado: 25000-23-42-000-2013-01838-01 (1419-2017)  
Accionante: Jorge Alberto Garay Espinosa  
Accionad : Nación – Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural

Subsección A, que accedió a las pretensiones de la demanda interpuesta por el señor Jorge Alberto Garay Espinosa, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

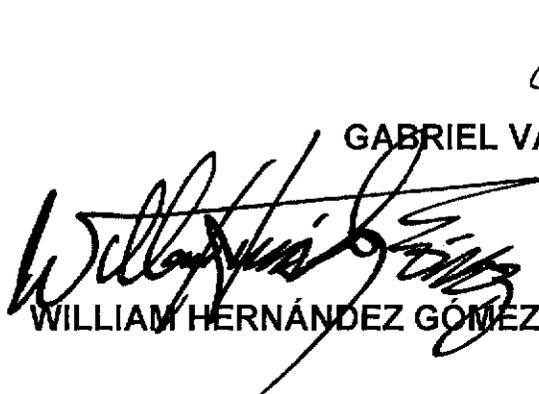
**SEGUNDO.- CONDÉNASE** en costas a la entidad demandada.

**TERCERO.-** En firme esta decisión, **ENVÍESE** al Tribunal de origen.

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

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

GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ



WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ

RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS

IMPEDIDO

Proceso recibido en secretaría  
14 MAR. 2019  
Hoy