

Cartagena de Indias D. T. y C., dieciséis (16) de diciembre dos mil veintidós (2022).

<b>Medio de control</b>	<b>NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO</b>
<b>Radicado</b>	<b>13001-33-33-008-2018-00072-01</b>
<b>Demandante</b>	<b>COLPENSIONES</b>
<b>Demandado</b>	<b>RAFAEL EDUARDO OSORIO HERRERA</b>
<b>Tema</b>	<i>Confirma – No se cumplen los requisitos del artículo 231 del CPACA para suspender los actos demandados – Compatibilidad pensional</i>
<b>Magistrado Ponente</b>	<b>MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ</b>

## I.- PRONUNCIAMIENTO

La Sala de Decisión No. 004 del Tribunal Administrativo de Bolívar decide el recurso de apelación presentado por la parte demandante<sup>1</sup>, contra el auto interlocutorio 0430 de fecha siete (07) de septiembre de dos mil veintidós (2022)<sup>2</sup>, proferido por el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Cartagena, por medio del cual se decidió negar la medida cautelar solicitada

## II.- ANTECEDENTES

### 2.1 Auto Apelado<sup>3</sup>

Mediante proveído del 07 de septiembre de 2022, el A-quo negó la suspensión provisional de la Resoluciones N° GNR414333 del 21 de diciembre de 2015<sup>4</sup>, y N° GNR390745 del 27 de diciembre de 2016<sup>5</sup>, a través de las cuales se reconoció pensión de vejez en favor del accionante, y se efectuó su inclusión en nómina, respectivamente; lo anterior, por cuanto, a su juicio, no se cumplían los requisitos establecidos en el artículo 231 de la Ley 1437 de 2011.

En ese sentido, explicó que, si bien existía una relación entre las pretensiones y la medida cautelar solicitada, no se desvirtuó la apariencia de buen derecho, pues del simple cotejo del acto enjuiciado con las normas invocadas como violadas no se extrae tal transgresión, motivo por el cual no es posible adoptar una decisión en esta etapa sumaria y provisional del proceso sin que se haya agotado el debate probatorio, máxime si se tiene en cuenta que el Fondo Territorial de Pensiones del Distrito de Cartagena extinguió la obligación de seguir cancelando la mesada pensional de jubilación convencional mediante Resolución 0614 de 2017.

<sup>1</sup> Doc. 19 Exp. Digital

<sup>2</sup> Doc. 16 Exp. Digital

<sup>3</sup> Doc. 16 Exp. Digital

<sup>4</sup> Fol. 22 – 28 Doc. 01 Exp. Digital

<sup>5</sup> Fol. 41 – 48 Doc. 01 Exp. Digital

13001-23-33-008-2018-00072-01

Agregó que, la parte demandante no estableció de manera clara, concreta y vigente, el perjuicio irremediable ocasionado al no otorgar la medida.

Finalmente, en aplicación del artículo 301 del CGP, tuvo por notificada a la parte demandada, por conducta concluyente de las providencias adoptadas en el proceso, con ocasión del poder allegado y otorgado por parte del señor Rafael Osorio Herrera al abogado Armando Tinoco Semacaritt, procediendo a reconocer su personería jurídica.

## **2.2. Fundamentos del recurso de apelación<sup>6</sup>.**

En escrito allegado el día 13 de septiembre de 2022<sup>7</sup>, la apoderada de Colpensiones reiteró lo expresado en la demanda, y agregó que la A-quo en el fallo cuestionado, no dio prevalencia al aspecto sustancial ante el formal, pues sólo tuvo como referente la forma en cómo se solicitó la medida, no los fundamentos fácticos y jurídicos por los cuales se debe hacer efectiva la imposición de la medida, ni su finalidad; razón por la cual, consideró tal argumento apartado de los presupuestos señalados en el artículo 231 de la Ley 1437 de 2011.

Anotó que, con las normas relacionadas en su escrito, expuso de manera clara y detallada su verdadera pretensión, consistente en desvirtuar la legalidad de los actos demandados, así como las razones que tornan indispensable la cesación de sus efectos.

Por último, precisó que, los actos atacados resultan contrarios al ordenamiento jurídico, pues la pensión reconocida debió concederse con carácter compartida, y al no haberlo hecho, se generó una mesada pensional por un valor superior al que realmente le asistía al demandado; circunstancia que afecta la estabilidad financiera del sistema.

## **III.- CONSIDERACIONES**

### **3.1 Control de Legalidad.**

Tramitada la segunda instancia y dado que, no se observa causal de nulidad, impedimento alguno o irregularidad que pueda invalidar lo actuado, se procede a decidir sobre la concesión o no de la medida cautelar de suspensión provisional de los actos administrativos de carácter particular.

---

<sup>6</sup> Doc. 19 Exp. Digital.

<sup>7</sup> Fol. 01 Doc. 19 Exp. Digital.

### **3.2. Competencia**

El Tribunal es competente para conocer el presente proceso en segunda instancia, por disposición del artículo 153 y el numeral 5 del artículo 243 del CPACA, por tratarse de un auto que niega una medida cautelar, proferido por el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Cartagena. Igualmente, se tiene que, por mandato del numeral 2, literal h del artículo 125 del mismo estatuto, corresponde a la Sala de Decisión dictar la presente providencia.

### **3.3 Problema jurídico**

La Sala procederá a realizar el análisis del caso de marras, centrando su estudio en los argumentos de la apelación realizada por la parte demandada, así:

*¿Es procedente decretar la medida cautelar de suspensión provisional de la Resolución N° GNR414333 del 21 de diciembre de 2015, que reconoció una pensión de vejez en favor del demandado, y la Resolución GNR390745 del 27 de diciembre de 2016, mediante la cual se hizo su inclusión en nómina, por no haberse tenido en cuenta la compartibilidad pensional?*

### **3.4. Tesis de la Sala**

Esta Sala CONFIRMARÁ la decisión apelada, por estimar que, los actos administrativos cuya suspensión se pretende, en principio, no contrarían disposiciones superiores, pues en esta etapa inicial del asunto, no existen pruebas de que la pensión otorgada inicialmente por el empleador es superior a la de vejez reconocida por Colpensiones, y si, en consecuencia, aquel debe asumir el valor de la diferencia (mayor valor) resultante entre ambas. Por tanto, la legalidad o ilegalidad de los actos enjuiciados debe ventilarse a la luz del debate probatorio a que haya lugar dentro del proceso instaurado, postergándose su decisión para el momento de proferir sentencia.

### **3.5. Marco normativo y jurisprudencial**

#### **3.5.1 Procedencia de la suspensión provisional de un acto administrativo de carácter particular.**

El artículo 238 de la Constitución Política dispone que, la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo puede suspender provisionalmente los efectos de cualquier acto administrativo susceptible de ser impugnado por vía judicial, por los motivos y por los requisitos que establece la ley.

En concordancia con la norma constitucional citada, el artículo 229 de la Ley 1437 de 2011, contempla la figura procesal de las medidas cautelares, estableciendo que, en todos los procesos declarativos que se adelanten en

**13001-23-33-008-2018-00072-01**

sede contenciosa administrativa, antes de ser notificado el auto admisorio o en cualquier estado del proceso, a petición de parte debidamente sustentada, el juez o magistrado ponente podrá decretar, en providencia motivada, las medidas cautelares que considere necesarias para proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia.

Entre las medidas cautelares que pueden ser decretadas por el juez o el magistrado ponente, el artículo 230 de la Ley 1437 de 2011 prevé la suspensión provisional de los efectos del acto administrativo demandado.

El artículo 231 de la Ley 1437 de 2011, señala que la suspensión provisional de los efectos de un acto administrativo procede por la violación de las normas invocadas como violadas en la demanda o en la solicitud que se presente en escrito separado, cuando tal violación surja del análisis del acto administrativo y de su confrontación con las normas invocadas como violadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud. Dicho de otra manera, la medida cautelar procede cuando la transgresión de las normas invocadas como violadas surja: i) del análisis del acto demandado y de su confrontación con las normas superiores que se alegan como violadas o ii) del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud.

Cabe anotar que, si además de la nulidad se pretende el restablecimiento del derecho, deberá probarse, al menos sumariamente, la existencia de los perjuicios causados con la decisión. Sobre este aspecto conviene indicar que al fallador de la medida precautoria se le dio un amplio margen para valorar, conforme a los medios probatorios, la calidad de prueba requerida para definir su procedencia, pero siempre bajo el *mínimum probandum*, de la prueba sumaria.<sup>8</sup>

De modo que la suspensión provisional de los efectos del acto administrativo está atada a un examen de legalidad o de constitucionalidad que el juez debe hacer para anticipar de alguna manera un caso de violación de norma superior por parte del acto acusado<sup>9</sup>.

### **3.5.2 Compatibilidad pensional.**

La Ley 90 de 1976 “*Por la cual se establece el seguro social obligatorio y se crea el Instituto Colombiano de Seguros Sociales*”, estableció lo siguiente:

---

<sup>8</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B. Consejero ponente: César Palomino Cortés. Bogotá D.C., doce (12) de septiembre de dos mil diecinueve (2019). Radicación número: 15001-23-33-000-2014-00340-02(4271-16)

<sup>9</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta. Consejero ponente: Hugo Fernando Bastidas Barcenás. Bogotá D.C., quince (15) de diciembre de dos mil dieciséis (2016) Radicación número: 11001-03-27-000-2016-00034-00(22518)

**13001-23-33-008-2018-00072-01**

*"ARTICULO 76. El seguro de vejez a que se refiere la Sección Tercera de esta ley, reemplaza la pensión de jubilación que ha venido figurando en la legislación anterior. Para que el Instituto pueda asumir el riesgo de vejez en relación con servicios prestados con anterioridad a la presente ley, el patrono deberá aportar las cuotas proporcionales correspondientes. Las personas, entidades o empresas que de conformidad con la legislación anterior están obligadas a reconocer pensiones de jubilación a sus trabajadores, seguirán afectadas por esa obligación en los términos de tales normas, respecto de los empleados y obreros que hayan venido sirviéndoles, hasta que el Instituto convenga en subrogarlas en el pago de esas pensiones eventuales.*

*En ningún caso las condiciones del seguro de vejez para aquellos empleados y obreros que en el momento de la subrogación lleven a lo menos diez (10) años de trabajo al servicio de las personas, entidades o empresas que se trate de subrogar en dicho riesgo, serán menos favorables que las establecidas para ellos por la legislación sobre jubilación, anterior a la presente ley."*

De manera posterior, el artículo 5º del Acuerdo 029 de 1985, aprobado por el Decreto 2879 del mismo año, dispuso:

*"Los patronos inscritos en el Instituto de Seguros Sociales, que a partir de la fecha de publicación del decreto que apruebe este acuerdo, otorguen a sus trabajadores afiliados pensiones de jubilación reconocidas en convención colectiva, pacto colectivo, laudo arbitral, o voluntariamente, continuarán cotizando para los seguros de Invalidez, Vejez y Muerte hasta cuando los asegurados cumplan los requisitos exigidos por el Instituto para otorgar la pensión de vejez y en este momento el Instituto procederá a cubrir dicha pensión, siendo de cuenta del patrono únicamente el mayor valor, si lo hubiere, entre la pensión otorgada por el Instituto y la que venía siendo pagada por el patrono.*

*La obligación de seguir cotizando al seguro de Invalidez, Vejez y Muerte, de que trata este artículo, sólo rige para el patrono inscrito en el Instituto de Seguros Sociales."*

Seguidamente, el Decreto 758 de 1990 "Por el cual se aprueba el acuerdo número 049 de febrero 1º de 1990 emanado del consejo nacional de seguros sociales obligatorios", consagró:

*"ARTÍCULO 18. COMPARTIBILIDAD DE LAS PENSIONES EXTRALEGALES. Los patronos registrados como tales en el Instituto de Seguros Sociales, que otorguen a sus trabajadores afiliados pensiones de jubilación reconocidas en convención colectiva, pacto colectivo, laudo arbitral o voluntariamente, causadas a partir del 17 de octubre de 1985, continuarán cotizando para los seguros de invalidez, vejez y muerte, hasta cuando los asegurados cumplan los requisitos exigidos por el Instituto para otorgar la pensión de vejez y en este momento, el Instituto procederá a cubrir dicha pensión, siendo de cuenta del patrono únicamente el mayor valor, si lo hubiere, entre la pensión otorgada por el Instituto y la que venía cancelando al pensionado."*

Sobre la compartibilidad, el H. Consejo de Estado, ha sostenido lo siguiente<sup>10</sup>:

<sup>10</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "A", Sentencias del dieciséis (16) de septiembre de dos mil veintiuno (2021). Radicación número: 05001-23-33-000-2017-02855-01 (6384-19). Consejero ponente: Gabriel Valbuena Hernández, y del quince (15) de julio de dos mil veintiuno (2021). Radicación número: 08001-23-33-000-2016-01193-01 (5387-19). Consejero ponente: Gabriel Valbuena Hernández



**13001-23-33-008-2018-00072-01**

*“Las anteriores disposiciones estipularon la “compartibilidad” de las pensiones entre el empleador y el Instituto de Seguros Sociales para aquellas que el empresario reconociera a sus trabajadores, bien fuera de carácter legal (artículo 16), por sanción ante el despido injusto (artículo 17) o para las extralegales por convención colectiva, pacto colectivo, laudo arbitral o voluntariamente (artículo 18). El empleador debía seguir realizando los aportes a la seguridad social en pensiones al ISS, hasta que el trabajador cumpliera con los requisitos de ley para el reconocimiento de la pensión de vejez a la que tuviere derecho. El reconocimiento que hacía el ISS por pensión de vejez liberaba al empleador de pagar la prestación de jubilación, pero si el valor de la pensión que otorgara dicho instituto resultaba inferior al valor que el empleador reconoció como pensión extralegal o legal, estaría a cargo de este último el mayor valor que reconoció.*

*Así las cosas, cuando se da la figura de la compartibilidad pensional el reconocimiento y pago de la prestación social, inicialmente la asume el patrono pero cuando se satisfagan los requisitos exigidos por el I.S.S., éste asumirá su obligación y el patrono cesará en el pago de dicha prestación, salvo que el I.S.S. cuando reconozca la prestación lo haga en cuantía inferior a la que, conforme al régimen general, tienen derecho los servidores públicos en general, ante lo cual el patrono deberá cubrir la diferencia resultante y por ello se habla de pensión compartida.”*

### **3.6 Caso concreto.**

En el asunto bajo estudio, se solicita la suspensión provisional de la Resolución No. GNR414333 del 21 de diciembre de 2015, por medio de la cual se reconoció pensión de vejez en favor del demandado, así como de la Resolución GNR390745 del 27 de diciembre de 2016 a través de la cual se ordenó su inclusión en nómina; por no haberse tenido en cuenta la compartibilidad pensional, al momento de otorgar dicha prestación, de conformidad con el artículo 18 del Decreto 758 de 1990, que obligaba a la empresa jubilante a asumir el mayor valor resultante entre ambas pensiones, con plena observancia del principio de sostenibilidad financiera.

Así las cosas, entrará esta Magistratura a verificar el cumplimiento de los requisitos de que trata el artículo 231 del CPACA, para determinar si en el asunto de marras procede el decreto de la medida cautelar propuesta por la parte demandante, teniendo como base las siguientes pruebas:

- Cédula de ciudadanía del señor Rafael Eduardo Osorio Herrera, donde se hace constar que nació el 12 de junio de 1954<sup>11</sup>.
- Resolución No. 1880 del 07 de mayo de 2012, expedida por el Fondo Territorial de Pensiones del Distrito de Cartagena, por medio de la cual se reconoció pensión de jubilación restringida al demandado por valor de \$1.661.679, a partir del 12 de junio de 2004, en razón a la convención colectiva del 1989 – 1991; aclarando que, una vez el ISS reconociera la

<sup>11</sup> Fol. 21 Doc. 01 Exp. Digital

13001-23-33-008-2018-00072-01

pensión al señor Rafael Osorio, asumiría solo el mayor valor resultante, en caso de causarse<sup>12</sup>

- Resolución No. GNR 414333 del 21 de diciembre de 2015, proferido por Colpensiones, por medio de la cual se reconoce a favor del señor Rafael Eduardo Osorio Herrera, pensión de vejez por valor de \$1.810.688.00, suspendiendo su pago hasta tanto no se haga la inclusión en nómina<sup>13</sup>.
- 
- Resolución No. GNR 176923 del 20 de junio de 2016, por medio de la cual Colpensiones resuelve manera desfavorable el recurso de reposición interpuesto por el demandado, y ordena continuar trámites para la presentación de una acción de lesividad<sup>14</sup>.
- Resolución No. GNR 390745 del 27 de diciembre de 2016, a través de la cual se incluye en nómina el pago de la pensión de vejez reconocida al demandado, con suma actualizada de \$1.933.272<sup>15</sup>.
- Expediente administrativo pensional del señor Rafael Eduardo Osorio Herrera<sup>16</sup>.
- Reporte de semanas cotizadas en pensiones durante el período comprendido entre julio de 1972 a septiembre 20 de 2017<sup>17</sup>.

En virtud de todo lo expuesto, se advierte que, de la confrontación de los actos acusados con el fundamento de la violación al ordenamiento jurídico, y del estudio de las pruebas obrantes en el plenario, no se deduce razonablemente la procedencia o necesidad de la suspensión provisional de los efectos de las resoluciones demandadas, ello por cuanto, en esta etapa procesal, no se demuestra que entre la pensión convencional reconocida al demandado por el Fondo Territorial y aquella otorgada por parte de Colpensiones, resulte un mayor valor que deba ser asumido por el empleador.

En efecto, las pruebas obrantes en el expediente solo dan cuenta que, el demandado percibió como mesada pensional reconocida por Colpensiones, para el 2017, año en el cual se ordenó su inclusión a nomina, la suma actualizada de \$2,044,639.00, sin que exista certeza sobre las mesadas devengadas en dicha calenda por concepto de la pensión convencional; siendo estas pruebas necesarias para determinar si la pensión otorgada inicialmente por el empleador es superior a la de vejez reconocida por Colpensiones, y si en consecuencia, aquel debe asumir el valor de la diferencia

<sup>12</sup> Fols. 7 – 11 y 18 – 22 Doc. 04 Exp. Digital.

<sup>13</sup> Fols. 22 – 28 Doc. 01 y 62 – 68 Doc. 04 Exp. Digital

<sup>14</sup> Fols. 30 – 40 Doc. 01 y 51 – 61 Doc. 04 Exp. Digital

<sup>15</sup> Fols. 41 – 18 Doc. 01 Exp. Digital.

<sup>16</sup> Doc. 04 Exp. Digital

<sup>17</sup> Fols. 50 – 51 cdno 01 y fol. 01 – 10 Cdno 02.

13001-23-33-008-2018-00072-01

(mayor valor) resultante entre ambas; contrario a ello, solo se advierte que durante el año 2012, se ordenó el pago de la suma de \$1.661.679, sin especificarse, siquiera, el equivalente del monto para el año 2017. En ese sentido, no es dable deducir que Colpensiones no se subrogó en su totalidad frente a la carga prestacional de vejez, situación que daría lugar a ordenar el pago de mayor valor a cargo del empleador.

En suma, se tiene que, los actos administrativos cuya suspensión se pretende, en principio no contrarían disposiciones superiores, pues en esta etapa inicial del asunto, no se avizora infracción del ordenamiento jurídico; por tanto, la legalidad o ilegalidad de los actos enjuiciados debe ventilarse a la luz del debate probatorio a que haya lugar dentro del proceso instaurado, postergándose su decisión para el momento de proferir sentencia.

En caso de decretar la medida sin contar con pruebas suficientes sobre la ilegalidad de los actos acusados y sin tener en cuenta el cumplimiento efectivo de los requisitos del artículo 231 de la Ley 1437 de 2011, resultaría más gravoso suspender el pago de las mesadas pensionales a favor del señor Rafael Osorio Herrera, en la medida en que podría representar un menoscabo injustificado a sus derechos, pues se estaría vulnerando el derecho de seguir percibiendo el pago de una pensión a la cual tiene derecho.

Ahora bien, llama la atención de la Sala que a pesar de tratarse de un asunto en el cual se discute si la pensión del demandado debió concederse con carácter compartido, con la distribución de los valores entre la parte actora y el empleador, y la devolución de la diferencia pagada; no se haya vinculado al Fondo Territorial de Pensiones del Distrito de Cartagena, por cuanto el objeto litigioso comprende una relación jurídico-sustancial única e indivisible (litisconsorcio necesario por pasiva), siendo indispensable que al proceso se integren todos los sujetos comprendidos en ella, que puedan verse afectados con las ordenes a adoptar, pues en caso de no hacerlo, los efectos de la sentencia serían nugatorios, dada la vulneración de los derecho al debido proceso, contradicción y defensa. Por ello, es deber del Juez de primera instancia, advertir y subsanar cualquier vicio de legalidad que pueda invalidar lo actuado, adoptando las decisiones pertinentes para corregir dichas irregularidades.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Bolívar

**RESUELVE:**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la providencia del siete (07) de septiembre de dos mil veintidós (2022), proferida por el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Cartagena, conforme a las razones aquí expuestas.



13001-23-33-008-2018-00072-01

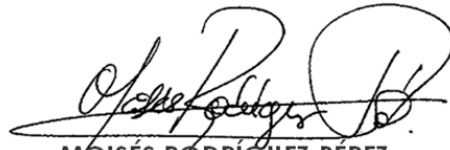
**SEGUNDO:** Ejecutoriada esta providencia, **DEVUÉLVASE** el proceso al juzgado de origen, para que adopte las decisiones que en derecho correspondan.

**TERCERO: DÉJENSE** las constancias que correspondan en el sistema de radicación y registro judicial.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

*Constancia: El proyecto de esta providencia fue estudiado y aprobado en Sala No.033 de la fecha.*

**LOS MAGISTRADOS**

  
MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ

  
EDGAR ALEXI VASQUEZ CONTRERAS

  
JEAN PAUL VÁSQUEZ GÓMEZ