

**JUZGADO TRECE (13) ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD
CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.
SECCIÓN SEGUNDA**



Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil diecinueve (2019)

RADICACIÓN:	11001-33-35-013-2019-00012-00
DEMANDANTE:	ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES-
DEMANDADO(A):	EVELIO CORTÉS RODRÍGUEZ
ASUNTO:	MEDIDA CAUTELAR

Procede el Despacho a decidir la medida cautelar incoada por la entidad demandante en el libelo de la demanda, a través de la cual solicita se decrete la suspensión provisional del acto administrativo demandado.

FUNDAMENTOS DE LA SUSPENSIÓN PROVISIONAL

1. La apoderada de COLPENSIONES solicita se decrete la medida cautelar de suspensión provisional de la Resolución GNR 277081 del 28 de octubre de 2013, mediante la cual esa entidad reconoció pensión ordinaria de vejez al señor EVELIO CORTÉS RODRÍGUEZ, en cuantía de \$3.848.011, para el año 2018, girando un retroactivo pensional en su favor de \$2.638.148.

El sustento de la cautela pretendida radica en que la pensión que se debía reconocer al señor CORTÉS RODRÍGUEZ era de carácter compartida, ya que mediante Resolución N° 1549 del 11 de septiembre de 2017, el SENA le había reconocido una pensión de “vejez”. Que como consecuencia de ello, por una parte, la cuantía de la mesada pensional reconocida al demandado fue superior a la que en realidad correspondía, y por otra, se giró un retroactivo en favor del demandado sin que tuviera derecho a ello, ya que el mismo debía ser girado al empleador, esto es, al SENA.

2. Con providencias separadas de fecha 8 de febrero de 2019 (fls. 33 y 34 del cuaderno I), se admitió la demanda presentada por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES- contra el señor EVELIO CORTÉS RODRÍGUEZ y se corrió traslado de la solicitud de medida cautelar incoada por la parte actora, respectivamente. Dichas providencias fueron notificadas personalmente al demandado el día 8 de abril de 2019 (fl. 40).

3. El apoderado judicial del demandado, mediante escrito radicado el 22 de abril de 2019 (fls. 28 a 30, cuaderno II), se opuso a la prosperidad de la medida cautelar deprecada así:

*Aduce que si bien COLPENSIONES presentó en el sustento de la medida cautelar el desarrollo de la figura de la compartibilidad pensional, lo cierto es que no indica el motivo por el cual el acto acusado está viciado de la nulidad alegada, ya que se limita a mencionar que al no aplicar esa figura se elevó injustificadamente el valor de la mesada pensional, "(...) sin señalar la manera como el caso de mi poderdante se adecuaba a su conceptualización (...)".*¹

Que al igual que ocurrió con la fundamentación jurídica de la medida cautelar, los acápites de la titularidad del derecho y de la excesiva carga para el interés público tampoco subsumen la situación del señor CORTÉS en un supuesto de derecho particular.

Asevera que no es cierto que su representado perciba una pensión sin el cumplimiento de los requisitos para ello, pues al momento en que le fue reconocida la pensión de vejez, el señor CORTÉS reunía la edad y las semanas de cotización necesarias para ello. Además, que suspenderle la pensión implicaría una grave vulneración a sus derechos, máxime cuando es una persona de la tercera edad.

Señala que el mismo SENA, a través de la Resolución 1549 de 2017, consideró que según su propia Resolución N° 1411 de julio de 2017, sólo debía asumir la compartibilidad pensional en caso de que la mesada pensional reconocida por COLPENSIONES fuera inferior a la que ellos pagaban; de ahí que el error que esta última entidad menciona sólo podría tener cabida al interior de la administración, sin que el señor CORTÉS se encuentre en el deber de soportarlo.

CONSIDERACIONES

Con relación a la procedencia de medidas cautelares, el artículo 229 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo dispone:

"(...)

Artículo 229. Procedencia de medidas cautelares. En todos los procesos declarativos que se adelanten ante esta jurisdicción, antes de ser notificado, el auto admisorio de la demanda o en cualquier estado del proceso, a petición de parte debidamente sustentada, podrá el Juez o Magistrado Ponente 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, de acuerdo con lo regulado en el presente capítulo.

¹ Párrafo 6°, página 1 de la posición a la medida cautelar, visible a folio 28 del cuaderno II.

La decisión sobre la medida cautelar no implica prejuzgamiento.

(...)"

Ahora bien, en cuanto al contenido y alcance de las medidas cautelares, el artículo 230 ibídem establece:

"(...)

Artículo 230. Contenido y alcance de las medidas cautelares. Las medidas cautelares podrán ser preventivas, conservativas, anticipativas o de suspensión, y deberán tener relación directa y necesaria con las pretensiones de la demanda. Para el efecto, el Juez o Magistrado Ponente podrá decretar una o varias de las siguientes medidas:

1. Ordenar que se mantenga la situación, o que se restablezca al estado en que se encontraba antes de la conducta vulnerante o amenazante, cuando fuere posible.

2. Suspender un procedimiento o actuación administrativa, inclusive de carácter contractual. A esta medida solo acudirá el Juez o Magistrado Ponente cuando no exista otra posibilidad de conjurar o superar la situación que dé lugar a su adopción y, en todo caso, en cuanto ello fuere posible el Juez o Magistrado Ponente indicará las condiciones o señalará las pautas que deba observar la parte demandada para que pueda reanudar el procedimiento o actuación sobre la cual recaiga la medida.

3. Suspender provisionalmente los efectos de un acto administrativo.

4. Ordenar la adopción de una decisión administrativa, o la realización o demolición de una obra con el objeto de evitar o prevenir un perjuicio o la agravación de sus efectos.

5. Impartir órdenes o imponerle a cualquiera de las partes del proceso obligaciones de hacer o no hacer.

(...)" - Negrillas fuera de texto-

A su turno, el artículo 231 ejusdem, consagró como requisitos para decretar las medidas cautelares, los siguientes:

"(...)

Artículo 231. Requisitos para decretar las medidas cautelares. Cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo, la suspensión provisional de sus efectos procederá por violación de las disposiciones invocadas en la demanda o en la solicitud que se realice en escrito separado, cuando tal violación surja del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud. Cuando adicionalmente se pretenda el restablecimiento del derecho y la indemnización de perjuicios deberá probarse al menos sumariamente la existencia de los mismos.

(...)" – Negrillas y subrayas fuera de texto -

El Consejo de Estado² ha establecido que desde la entrada en vigencia de la Ley 1437 de 2011, las medidas cautelares poseen, principalmente, dos tipos de requisitos de procedibilidad, a saber: (i) unos formales, que se resumen así "(...)"¹ debe tratarse de procesos declarativos o en los que tienen por finalidad la

² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "B", auto del 29 de noviembre de 2016, Radicación número: 11001-03-25-000-2012-00474-00(1956-12), Consejera ponente: Sandra Lisset Ibarra.

defensa y protección de derechos e intereses colectivos que conoce la jurisdicción de lo contencioso administrativo (artículo 229, Ley 1437 de 2011); 2) debe existir solicitud de parte³ debidamente sustentada en el texto de la demanda o en escrito separado, excepto en los casos de los procesos que tienen por finalidad la defensa y protección de derechos e intereses colectivos donde opera de oficio (artículo 229, Ley 1437 de 2011); y 3) la medida debe ser solicitada en cualquier etapa del proceso antes o después de haberse notificado el auto admisorio de la demanda (artículo 233 y 234, Ley 1437 de 2011) (...); **(ii) unos materiales, que se traducen en que** “(...)1) la medida cautelar debe ser necesaria para proteger y garantizar provisionalmente el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia (artículo 229, Ley 1437 de 2011); y 2) debe haber una relación directa y necesaria entre la medida a decretar y las pretensiones de la demanda (artículo 230, Ley 1437 de 2011) (...).”

Ahora, si la medida cautelar pretendida es de carácter negativo, es decir, se trata de la de suspensión provisional de los efectos de un acto administrativo, se deben cumplir, adicionalmente, dos requisitos derivados del tipo de pretensión incoada, los que según la máxima Corporación de lo contencioso administrativo, se concretan así: “(...) 1) si la demanda tiene únicamente la pretensión de nulidad del acto administrativo, se debe verificar que exista una violación de las normas superiores invocadas, tras confrontar el acto demandado con estas o con las pruebas aportadas con la solicitud (artículo 231, inciso 1°, Ley 1437 de 2011) y 2) si la demanda además de la nulidad del acto administrativo pretende el restablecimiento del derecho y la indemnización de perjuicios, además de verificarse que exista una violación de las normas superiores invocadas debe probarse al menos sumariamente la existencia de los perjuicios (artículo 231, inciso 2°, Ley 1437 de 2011) (...).”⁴

*De lo anterior, se colige que cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo, la **suspensión provisional de sus efectos procederá por violación de las disposiciones invocadas en la demanda o en la solicitud que se realice en escrito separado**. Asimismo, que para que la figura de la suspensión provisional pueda tener viabilidad, es necesario que tal violación surja del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud; y*

³ De conformidad con el párrafo del artículo 229 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, las únicas medidas que pueden ser declaradas de oficio por el juez son las “medidas cautelares en los procesos que tengan por finalidad la defensa y protección de los derechos e intereses colectivos del conocimiento de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo”.

⁴ Consejo de Estado, auto del 29 de noviembre de 2016. Op. Cit.

además, en el evento que también se pretenda el restablecimiento de un derecho y la indemnización de perjuicios deberá aportarse prueba sumaria de los mismos.

En el presente caso, en el libelo de la demanda se solicita suspensión provisional de la Resolución GNR 277081 del 28 de octubre de 2013, mediante la cual COLPENSIONES reconoció pensión de vejez al señor JAIME ROBERTO BELEÑO RONCANCIO, en cuantía de \$3.848.011, para el año 2018, girando a su favor un retroactivo pensional de \$2.638.148.

El argumento para solicitar la medida cautelar es que la pensión que se debía reconocer al demandado era de naturaleza compartida, ya que el SENA, mediante Resolución N° 1549 del 11 de septiembre de 2017, le había reconocido una pensión de vejez. Esto, aduce ocasiona un detrimento al erario, ya que por una parte, la mesada pensional del demandante es superior a la que en realidad corresponde, y por otra, se giró un retroactivo pensional sin tener derecho a ello.

Pues bien, con la presentación de la demanda, la apoderada judicial de COLPENSIONES allegó medio magnético que contiene varios documentos (fl. 1A), entre los cuales se destacan los siguientes:

- Resolución N° 2008 del 23 de julio de 2009, a través de la cual el SENA reconoció pensión de jubilación al señor EVELIO CORTÉS RODRÍGUEZ, en cuantía de \$1.848.889, para el año 2009, por reunir los requisitos de edad y tiempo establecidos en el artículo 1° de la Ley 33 de 1985, y ser beneficiario del régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993. Asimismo, se dispuso como condición resolutoria que el SENA asumiría el pago de la totalidad de la prestación pensional del demandado hasta que el ISS le reconociera pensión de vejez, con base en los aportes pensionales efectuados para tal fin, quedando sólo a su cargo el mayor valor resultante entre la pensión de jubilación y la de vejez, en caso de existir.

- Resolución N° 103597 del 15 de marzo de 2012, por medio de la cual el ISS reconoció pensión de vejez al señor EVELIO CORTÉS RODRÍGUEZ, por reunir los requisitos consagrados en el Decreto 758 de 1990, y en virtud del régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en cuantía de \$2.896.383, a partir del 1° de enero de 2012, disponiendo, además, el pago de un retroactivo pensional en favor del pensionado por valor de \$5.792.766.

- Resolución GNR 277081 del 28 de octubre de 2013, mediante la cual COLPENSIONES reliquidó la pensión de vejez del señor CORTÉS RODRÍGUEZ,

sin modificar el régimen aplicado, aumentando su cuantía a \$3.024.629 para el año 2012 y a \$3.098.430 para el 2013. Asimismo, ordenó pagarle al pensionado un retroactivo de \$2.638.148.

Para efectos de resolver la medida cautelar deprecada, se debe recordar que en vigencia de la Ley 1437 de 2011, uno de los requisitos materiales para que proceda el decreto de una medida cautelar es que exista la necesidad de "(...) proteger y garantizar provisionalmente el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia". Asimismo, cuando se solicita la suspensión provisional de los efectos de un acto administrativo es necesario que se presente una violación de las normas superiores invocadas en el libelo de la demanda, la cual se puede verificar confrontando el acto ora con dichas normas, ora con las pruebas aportadas al expediente.

En el presente caso, el sustento de la medida cautelar radica en que la prestación reconocida al demandante era de naturaleza compartida, pues había sido pensionado previamente por el SENA. Es decir, a juicio de COLPENSIONES, en el caso de marras se debía aplicar la figura de la compatibilidad pensional, la cual ha sido definida por la Corte Constitucional⁵ así:

"(...)

En la segunda hipótesis, referente a la compatibilidad, los efectos son diferentes. Al igual que la anterior, el empleador le reconoce a su ex trabajador una pensión de jubilación convencional o extra legal por un monto determinado, en todo caso, estipulando que dicha pensión será compartida con la que otorgue el I.S.S. por vejez.

Una vez el empleador ha reconocido y ordenado el pago de la pensión de jubilación con carácter compartido a favor de su ex trabajador, el empleador sigue realizando los aportes de seguridad social en pensiones ante el Instituto de Seguro Social, hasta que el trabajador a favor de quien hace los aportes, cumpla con los requisitos de ley para acceder a la pensión de vejez. Una vez cumplidos los requisitos de ley, el I.S.S. procederá a otorgar la pensión de vejez a la que tiene derecho el pensionado. No obstante, debido a que la pensión de jubilación fue reconocida con carácter compartido, el pensionado no tiene derecho a recibir integralmente ambas mesadas pensionales. En este caso, el reconocimiento que hace el I.S.S. por pensión de vejez libera al empleador de pagar la pensión de jubilación. Sin embargo, si el valor de la pensión que otorgó I.S.S. es menor al valor que el empleador reconoció como pensión extralegal, estará a cargo del empleador el mayor valor que reconoció. En esta hipótesis el pensionado mantiene su nivel histórico de ingresos, como quiera que la compatibilidad no reduce el monto de su mesada pensional, sino que se comparte el pago de la mesada entre el I.S.S. y el mayor valor, si lo hubiere, a cargo del empleador.

(...)

Por un lado, la *compatibilidad* de las pensiones de vejez (legal) y de jubilación (convencional) le otorga el derecho al pensionado a percibir de manera simultánea ambas prestaciones, de manera integral. Esta figura es aplicable a los casos en los que la pensión de jubilación convencional fue reconocida por el empleador con anterioridad a la entrada en vigencia del Decreto 2879 de 1985, el 17 de octubre de 1985. La compatibilidad, además, implica la obligación del pensionado de realizar

⁵ Corte Constitucional, Sala Segunda de Revisión, sentencia T- 280 del 19 de julio de 2018, Mp. Diana Fajardo Rivera.

directamente las cotizaciones correspondientes ante el sistema de seguridad social, con el fin de cumplir los requisitos de ley para acceder a la pensión de vejez.

Por otro lado, a diferencia de la compatibilidad, **la compartibilidad de las pensiones regula las situaciones en las que a un trabajador que recibe una pensión de jubilación concedida con posterioridad al 17 de octubre de 1985, le es reconocida una pensión legal o de vejez. La compartibilidad trae como consecuencia que, desde el momento en que el ISS o Colpensiones reconoce la pensión de vejez, el empleador se subroga en su obligación de pagar la pensión extralegal, quedando a su cargo únicamente la diferencia entre la pensión de jubilación y la de vejez, cuando la primera es de mayor valor que la última. Por último, bajo el fenómeno de la compartibilidad pensional, el empleador queda obligado al pago de las cotizaciones al sistema de seguridad social, hasta cuando el pensionado acceda a su pensión de vejez.**

(...)” – Negrillas fuera de texto -

De acuerdo con lo anterior, la compartibilidad pensional es una figura aplicable a los trabajadores que han sido pensionados por sus empleadores. En virtud de ello, una vez reconocida dicha prestación por los empleadores, estos están en la obligación de seguir cotizando al Sistema General de Pensiones a nombre del trabajador, hasta que estos reúnan los requisitos legales para acceder a la pensión de vejez del Régimen de Prima Media. Reunidos estos requisitos, COLPENSIONES reconoce la pensión de vejez al trabajador, subrogando al empleador en el pago de la pensión de jubilación que este venía pagando, quedando a su cargo, en caso de existir, únicamente el mayor valor de la pensión de jubilación respecto a la pensión de vejez.

Como se puede apreciar, la compartibilidad pensional no afecta la pensión de vejez reconocida por COLPENSIONES con base en los aportes efectuados por el empleador de quien ha sido pensionado por este último, pues el IBL pensional se calcula teniendo en cuenta sólo dichos aportes⁶, sin que el mayor valor que eventualmente deba pagar el empleador redunde negativamente en la administradora del Régimen de Prima Media.

Adicionalmente, dicha figura no afecta el régimen pensional aplicable a sus beneficiarios, toda vez que la pensión que corresponde pagar a COLPENSIONES en virtud de los aportes efectuados por el empleador del pensionado, debe sustentarse en las normas establecidas en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, o en el Decreto 758 de 1990, según corresponda.

Así las cosas, teniendo en cuenta que COLPENSIONES reconoció y reliquidó la pensión de vejez del señor EVELIO CORTÉS RODRÍGUEZ con base en los aportes pensionales que a su nombre efectuó el SENA, el Despacho encuentra que en el presente caso no se presenta el requisito material de procedencia de la medida cautelar, consistente en “proteger y garantizar

⁶ O en algunos casos como el presente, aportes adicionales efectuados por otros empleadores.

provisionalmente el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia”, pues hasta el momento no existe prueba que demuestre que la cuantía de la pensión reconocida al demandado haya sido calculada de forma errónea, en virtud de la compatibilidad alegada, máxime cuando en el libelo de la demanda la parte actora se limita a señalar que el monto pensional es superior al que correspondería, sin señalar de forma clara y concreta el yerro en que presuntamente se incurrió al efectuar dicho cálculo.

Ahora, este requisito material tampoco se presenta en relación con el retroactivo pensional que se ordenó pagar al señor CORTÉS en la Resolución GNR 277081 del 28 de octubre de 2013, pues aunque el retroactivo pensional que se generó en virtud del reconocimiento pensional efectuado por la Administradora del RPM, con base en la compatibilidad pensional, debería haber sido ordenado en favor del SENA como empleador que venía pagando la pensión de jubilación, lo cierto es que dicho retroactivo ya se pagó al demandado desde el año 2013, razón por la cual el único efecto que tendría la suspensión provisional del acto acusado sería interrumpir el pago de la pensión de vejez al señor CORTÉS RODRÍGUEZ (lo que de paso vulneraría sus derechos fundamentales al no estarse discutiendo el derecho pensional), y no la devolución del retroactivo girado a su nombre.

Por consiguiente, el Despacho denegará la medida cautelar de suspensión provisional solicitada por COLPENSIONES.

Por lo expuesto, el **JUZGADO TRECE (13) ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C. – SECCIÓN SEGUNDA,**

RESUELVE

PRIMERO. NEGAR la medida cautelar de suspensión provisional formulada por la apoderada de la parte demandante, por las razones expuestas en la parte motiva de ésta providencia.

SEGUNDO. Reconocer personería adjetiva al abogado LUIS FERNANDO SÁENZ SILVA, identificado con la cédula de ciudadanía N° 1.018.475.727 y portador de la Tarjeta Profesional N° 308.744 del C.S.J., en los términos y para los efectos del poder conferido por la parte demandada, visible a folio 31 del cuaderno II.

TERCERO. En firme ésta providencia, por Secretaría del Juzgado, procedase a **CONTINUAR** con lo pertinente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


YANIRA PERDOMO OSUNA
JUEZ

JUZGADO TRECE (13) ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD					
CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.					
SECCIÓN SEGUNDA					
Por anotación en el estado electrónico No. <u>38</u> de					
fecha <u>04/06/19</u> fue notificado el auto anterior. Fijado a las 8:00					
AM.					
La Secretaria, <u>gm</u>					
110013335013201900012					

