



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL META

Villavicencio, ocho (08) de noviembre de dos mil dieciocho (2018)

RADICACIÓN: 50 001 23 33 000 2018 00201 00
M. CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
(lesividad)
DEMANDANTE: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -
COLPENSIONES
DEMANDADO: MARTÍN ROJAS CRUZ
VINCULADO: UNIDAD DE GESTIÓN PENSIONAL Y PARAFISCALES -
UGPP

I. Asunto

Procede el despacho a pronunciarse frente al memorial contentivo del Recurso de Reposición interpuesto el 9 de octubre de 2018¹ por el apoderado de LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, contra el auto del 4 de octubre de 2018², por medio del cual se negó la medida cautelar solicitada en la demanda.

Sea lo primero advertir, respecto al recurso de apelación interpuesto como subsidiario, que resulta improcedente al tenor de lo dispuesto en el numeral 2º del artículo 243 del C.P.A.C.A. en armonía con el artículo 236 *ibídem*, por cuanto ambas disposiciones son claras en limitar ese medio de impugnación a cuando se "decrete" la medida cautelar, en contraposición a su negativa, que es lo decidido en el *sub judice*, razón por la cual aquel será negado, dando paso al estudio del recurso de reposición, toda vez que conforme al artículo 242 *ibídem* la reposición procede contra los autos que no sean susceptibles de alzada.

II. Antecedentes

El apoderado de COLPENSIONES, solicitó el decreto de medida cautelar para que se suspendieran los efectos de la Resolución 028280 de agosto de 2011, toda vez que mediante Resolución No. 2343 del 22 de octubre de 2003, la Caja de Previsión Social CAPRECOM, le reconoció una pensión de vejez convencional al demandado, la cual

¹ Fols.51-64

² Fols.46-48

resulta incompatible con la prestación reconocida por parte del Instituto de Seguros Sociales actualmente Colpensiones.

Luego del traslado pertinente, el despacho mediante auto del 4 de octubre de la presente anualidad, resolvió negar la medida cautelar aludida, puesto que no existe certeza si el demandado goza de una pensión de vejez reconocida con anterioridad a la demandada, al no obrar en el expediente la Resolución 2343 de 2003 expedida por CAPRECOM, lo que no permite el análisis de la situación alegada en la demanda.

El apoderado de COLPENSIONES presentó recurso de reposición y en subsidio apelación⁴ contra el mencionado auto, solicitando que se revocara la anterior decisión y en su lugar accediera a la suspensión provisional de la Resolución No. 028280 del 18 de agosto de 2011, dado que la pensión de vejez por aportes otorgada por el Instituto de Seguros Sociales no es compatible con la pensión de vejez convencional reconocida por parte de CAPRECOM mediante Resolución 2343, esto con fundamento en lo dispuesto en los artículos 1 y 3 del Decreto 2709 de 1994.

Así mismo indicó, que si bien no se allegó la Resolución 2343 de 2003, no se puede perder de vista que la Resolución SIB 94637 del 10 de abril de 2018 denota claramente la existencia del primer acto administrativo mencionado, la cual sí reposa en el expediente, y que además la misma se motivó acorde a derecho y por lo tanto se debe presumir la legalidad de esta.

Adicionalmente, solicitó que de ser el caso, se hiciera uso de la facultad otorgada por el artículo 213 del CPACA decretando prueba de oficio en la que se le solicite a COLPENSIONES y a la UGPP que aportaran la Resolución.

Del recurso se corrió traslado el 17 de octubre de 2018⁵, por lo que el apoderado del demandado⁶, se pronunció indicando que las pensiones reconocidas tanto por el Instituto de Seguros Sociales como por CAPRECOM son compatibles, puesto que de lo dispuesto en el artículo 3° del Decreto 2709 de 1994 la prestación reconocida por la segunda entidad es convencional y no se puede entender como una de vejez por aportes que fue reconocida después.

Igualmente, expuso que la pensión convencional que le fue reconocida no es de carácter público al ser extralegal y reconocida por el empleador, y que además conforme lo dispone el artículo 18 del Decreto 758 tales prestaciones son compartibles, razón por la que solicita que se confirme la decisión atendiendo a que no existe vulneración alguna de los artículos 1°, 3° del decreto 2709 de 1994 y 49 del decreto 758 de 1990.

⁴ Fols. 51-55

⁵ Fol. 65

⁶ Fols. 66-71

LE

III. Consideraciones

Sea lo primero advertir, que de conformidad con el artículo 242 del CPACA el recurso de reposición procede contra los autos que no sean susceptibles de apelación o de súplica, y en lo pertinente a la oportunidad y trámite señala que se aplicará lo dispuesto en el estatuto procesal civil. Al respecto el inciso 3 del artículo 318 del CGP, señala que **"cuando el auto se pronuncie fuera de audiencia el recurso deberá interponerse por escrito dentro de los tres (3) días siguientes al de la notificación"** (Negrilla fuera de texto).

Así pues, el recurso de reposición interpuesto por el apoderado de la entidad demandante fue presentado en la oportunidad establecida por la ley, habida cuenta que la providencia del 4 de octubre de la presente anualidad⁷, fue notificada por estado el 5 de octubre, feneciendo el término de tres días el 10 de octubre de 2018, y el recurso fue presentado en la secretaría de la corporación el **9 de octubre de 2018⁸**, es decir, en término.

Ahora bien, en este caso la entidad demandada solicitó que se decrete como medida cautelar, la suspensión de las Resoluciones 036239 del 25 de noviembre de 2010 que le reconoció una pensión de jubilación al señor Martín Rojas, y las Resoluciones No. 0194486 del 10 de junio de 2011 y No. 028280 del 18 de agosto de 2011, sin embargo como se indicó en el auto cuestionado, el análisis de la solicitud de suspensión provisional para el caso particular se debe hacer considerando las pruebas obrantes en el proceso.

Conforme lo anterior, es necesario indicar nuevamente lo dispuesto en el artículo 231 del C.P.A.C.A, que consagra:

"Art. 231. 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".

Siendo así, la prosperidad de la suspensión provisional está sujeta a que se demuestre la violación de las disposiciones que se hayan invocado en la demanda o en la solicitud de suspensión, una vez se haya hecho el análisis del acto demandado y su

⁷ Fol.46-48

⁸ FIs.51-55

L.E

confrontación con las normas superiores invocadas como violadas o del estudio de las pruebas allegadas⁹.

En el *sub judice* el fundamento para que se decrete la medida cautelar es que existe concurrencia de pensiones, teniendo en cuenta que en un primer momento CAPRECOM le reconoció al demandado una pensión convencional de vejez mediante Resolución 2343 de 2003, similar a la de jubilación reconocida por el Instituto de Seguros Sociales mediante Resolución No. 036239 de 2010 lo que contraviene lo estipulado en el artículo 3° del Decreto 2709 de 1994.

En ese escenario, resulta evidente que el análisis de la medida cautelar solicitada no puede hacerse de la mera confrontación entre el acto demandado con las normas que se dicen vulneradas, pues según el actor éstas indican que hay una incompatibilidad pensional, y es obvio que esa presunta incompatibilidad no se infiere del mero reconocimiento pensional que se hizo con la Resolución 036239 del 25 de noviembre de 2010 que es el acto acusado, sino que es indispensable que además del análisis jurídico, medie un análisis probatorio incluso previo, para establecer que realmente el demandado está devengando otra pensión, luego de lo cual sí se abrirá paso al estudio normativo de la incompatibilidad que propone la parte actora.

En efecto, una vez revisado el expediente se encuentra que en la documental aportada en medio digital¹⁰, está la Resolución 036239 del 25 de noviembre de 2010 en la que el Instituto de Seguros Sociales le reconoció la pensión de vejez a partir del 31 de diciembre de 2010, por un valor de \$1.836.062, al señor Martín Rojas conforme el Decreto 1653 de 1977, siendo este el acto administrativo del que se pretende la suspensión provisional. A su turno, en tal documental y para el momento en que se profirió el auto recurrido, no se contaba con el acto que demostraría la situación fáctica (pago de doble pensión) que permitiría el análisis del fundamento de derecho que sustentó la medida cautelar.

Sin embargo, esta carencia probatoria en principio podría ser superada con las pruebas que aportó el demandado con su contestación de la demanda, pues la Resolución 2343 de 2003 por medio de la cual se dijo que CAPRECOM le había reconocido la pensión convencional, fue allegada a folios 84 a 86.

Revisado este acto que se echó de menos en el auto recurrido, se observa que efectivamente la CAJA DE PREVISIÓN SOCIAL DE COMUNICACIONES "CAPRECOM" dispuso:

"ARTÍCULO PRIMERO: RECONOCER, de conformidad con la Convención Colectiva de Trabajo de CAPRECOM, la pensión convencional a MARTÍN ROJAS CRUZ con C. 19.164.520, en la modalidad de 20 años de servicio y 50 de edad, en cuantía de UN MILLON CINCO MIL TRESCIENTOS OCHENTA Y TRES PESOS

⁹ Consejo de Estado. Sección Primera. C.P Oswaldo Giraldo López. Auto del 27 de junio de 2018. Rad. 11001-03-24-000-2017-00075-00

¹⁰ CD, visible a folio 22.

(1.005.383.00) M/cte, a partir de la fecha en que demuestre el retiro definitivo del servicio social".

Así mismo, se indicó que dicha prestación estaba condicionada a la devolución de los aportes por parte del Instituto de Seguros Sociales, toda vez que el demandante en ese momento se encontraba multiafiliado haciendo aportes al ISS y al Fondo de Reserva Pensional de CAPRECOM, además se le puso de presente que esa pensión era incompatible con la percepción de toda asignación proveniente del tesoro público de la Nación.

Ciertamente, al analizar los dos actos administrativos de cara con el artículo 3º del Decreto 2709 de 1994 que se refiere a la incompatibilidad de la pensión de jubilación por aportes, se observa que en efecto se reconocieron dos prestaciones de tipo pensional a una misma persona; empero, no se encuentra probado que actualmente se encuentre devengando las dos prestaciones al tiempo, toda vez que en la Resolución No. 0088¹², también aportada por el apoderado de la parte demandada, se ordenó la suspensión del pago de la mesada pensional reconocida mediante Resolución No. 2343 de 2003, puesto que para ese momento se encontraba laborando en el Instituto de Seguros Sociales ISS, sin que se tenga certeza en este momento que tal suspensión haya sido levantada y se encuentre devengando las dos pensiones.

Y resulta relevante esta situación fáctica para entrar al análisis jurídico de fondo que sustentó la medida cautelar, por cuanto al haberse suspendido una de las dos pensiones reconocidas, es factible que en este momento no esté devengando las dos pensiones, generando una situación jurídica distinta a la que presupone los argumentos expuestos para decretar la medida cautelar, e incluso podría verse afectado el mínimo vital del demandante, pues se le suspendería la única pensión que estaría percibiendo, y cuya nulidad se basa precisamente en que le fue reconocida otra que está percibiendo, incurriendo en una prohibición legal.

De tal manera que, en esta oportunidad aunque superada la omisión probatoria detectada en el auto recurrido, nuevamente nos encontramos ante otro vacío del mismo tipo habida cuenta que el acto que se extrañó en principio, aunque fue allegado, también obra prueba de su suspensión, quedando entonces la situación en un escenario similar al que conllevó a negar la medida cautelar.

Ahora bien, dice el recurrente que la falencia probatoria puede superarse de dos formas: (i) acudiendo a la presunción de legalidad de la Resolución SUB 94637 del 10 de abril de 2018¹³, que acompaña con el recurso y a la que se hizo alusión en el acto recurrido descartándola como prueba; y (ii) decretando pruebas de oficio.

¹² Fols. 88-89

¹³ Fols. 56-63

L.E

Frente al primer argumento, esto es, que se tenga por probado el reconocimiento de la pensión convencional con el acto que expidió la propia demandante ordenando evaluar la posibilidad de instaurar esta demanda, no tiene cabida para este despacho por cuanto lo pretendido es demostrar la existencia de una situación jurídica (reconocimiento pensional) con la presunción de legalidad de otro acto administrativo que además lo que allí se indica es precisamente iniciar el presente proceso. Aceptar tal postura, resulta a todas luces contradictorio con los principios que rigen el derecho probatorio y conlleva a una desnaturalización de la finalidad de la presunción de legalidad de los actos administrativos. Sin embargo, como quiera que el acto administrativo cuya aportación omitió la parte actora, fue allegado por el demandado, considera este despacho que no es necesario en ahondar este punto.

En lo atinente a la utilización de la facultad oficiosa en materia probatoria, debe recordarse que legalmente no está prevista para decretar medidas cautelares en tratándose de procesos ordinarios o con pretensiones de contenido particular, como el presente, lo que se deduce claramente del contenido de los artículos 213¹⁴, 231¹⁵ y 233¹⁶ del CPACA.

¹⁴ **ARTÍCULO 213. PRUEBAS DE OFICIO.** En cualquiera de las instancias el Juez o Magistrado Ponente podrá decretar de oficio las pruebas que considere necesarias para el esclarecimiento de la verdad. **Se deberán decretar y practicar conjuntamente con las pedidas por las partes.**

Además, oídas las alegaciones el Juez o la Sala, sección o subsección **antes de dictar sentencia** también podrá disponer que se practiquen las pruebas necesarias para esclarecer puntos oscuros o difusos de la contienda. Para practicarlas deberá señalar un término de hasta diez (10) días.

En todo caso, dentro del término de ejecutoria del auto que decrete pruebas de oficio, las partes podrán aportar o solicitar, por una sola vez, nuevas pruebas, siempre que fueren indispensables para contraprobar aquellas decretadas de oficio. Tales pruebas, según el caso, serán practicadas dentro de los diez (10) días siguientes al auto que las decrete." (Resaltado propio)

¹⁵ **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.

En los demás casos, las medidas cautelares serán procedentes cuando concurren los siguientes requisitos:

1. Que la demanda esté razonablemente fundada en derecho.
2. Que el demandante **haya demostrado**, así fuere sumariamente, la titularidad del derecho o de los derechos invocados.
3. Que el demandante **haya presentado los documentos**, informaciones, argumentos y justificaciones que permitan concluir, mediante un juicio de ponderación de intereses, que resultaría más gravoso para el interés público negar la medida cautelar que concederla.
4. Que, adicionalmente, se cumpla una de las siguientes condiciones:
 - a) Que al no otorgarse la medida se cause un perjuicio irremediable, o
 - b) Que existan serios motivos para considerar que de no otorgarse la medida los efectos de la sentencia serían nugatorios." (Resaltado no es del texto).

¹⁶ **ARTÍCULO 233. PROCEDIMIENTO PARA LA ADOPCIÓN DE LAS MEDIDAS CAUTELARES.** La medida cautelar podrá ser solicitada desde la presentación de la demanda y en cualquier estado del proceso.

LE

El primero de ellos regula el tema de las pruebas de oficio en cualquiera de las instancias, y allí se advierte que no hay una completa libertad judicial para decretar pruebas en cualquier momento del proceso, pues solo es posible decretarlas "conjuntamente con las peticiones por las partes", lo que de entrada implica que es en la etapa probatoria del proceso, o también pueden ser decretadas "antes de dictar sentencia" y para unos fines específicos.

Por su parte, el artículo 231 al señalar los requisitos para decretar medidas cautelares, hace uso de expresiones que sin duda alguna refieren a que el demandante debe aportar las pruebas con la solicitud de la medida cautelar, descartando así la posibilidad que pida práctica de pruebas con esa finalidad. Además, en el procedimiento para decidir sobre las medidas cautelares descrito en el artículo 233 en cita, no está prevista una etapa para decretar pruebas peticiones por las partes, por el contrario es determinante al imponer que la decisión se tome en los 10 días que siguen el vencimiento del traslado al demandado, de tal manera que tampoco es posible que el juez decreta pruebas de oficio, pues se insiste, aquel está diseñado para que la parte interesada en la medida cautelar allegue las pruebas necesarias para obtener una decisión favorable.

Por todo lo anterior, teniendo en cuenta que el pago de la pensión convencional le fue suspendido al demandante y no obra en el expediente prueba de que se haya reanudado dicho pago, se entiende que el señor Martín Rojas, actualmente solamente se encuentra devengando una sola pensión, esto es la reconocida mediante Resolución 036239 de 2010 por el ISS.

En consecuencia, no se repondrá el auto del 4 de octubre de 2018, atendiendo a que no se puede afectar el mínimo vital al que tiene derecho el demandado, teniendo en cuenta que como se expuso en la parte considerativa de esta decisión, de lo probado

El Juez o Magistrado Ponente al admitir la demanda, en auto separado, ordenará correr traslado de la solicitud de medida cautelar para que el demandado se pronuncie sobre ella en escrito separado dentro del término de cinco (5) días, plazo que correrá en forma independiente al de la contestación de la demanda.

Esta decisión, que se notificará simultáneamente con el auto admisorio de la demanda, no será objeto de recursos. De la solicitud presentada en el curso del proceso, se dará traslado a la otra parte al día siguiente de su recepción en la forma establecida en el artículo 108 del Código de Procedimiento Civil.

El auto que decida las medidas cautelares deberá proferirse dentro de los diez (10) días siguientes al vencimiento del término de que dispone el demandado para pronunciarse sobre ella. En este mismo auto el Juez o Magistrado Ponente deberá fijar la caución. La medida cautelar solo podrá hacerse efectiva a partir de la ejecutoria del auto que acepte la caución prestada.

Con todo, si la medida cautelar se solicita en audiencia se correrá traslado durante la misma a la otra parte para que se pronuncie sobre ella y una vez evaluada por el Juez o Magistrado Ponente podrá ser decretada en la misma audiencia.

Cuando la medida haya sido negada, podrá solicitarse nuevamente si se han presentado hechos sobrevinientes y en virtud de ellos se cumplen las condiciones requeridas para su decreto. Contra el auto que resuelva esta solicitud no procederá ningún recurso." (Negrilla y subraya fuera del texto).

hasta el momento se infiere que solamente está percibiendo el pago de una sola pensión.

Por lo expuesto, éste despacho del Tribunal Administrativo del Meta,

RESUELVE:

- PRIMERO:** **NO REPONER** el auto del 4 de octubre de 2018, por las razones expuestas en la parte motiva de esta decisión.
- SEGUNDO:** **RECHAZAR** por improcedente, el recurso de apelación interpuesto como subsidiario contra la misma providencia.
- TERCERO:** **RECONOCER PERSONERÍA** al doctor JHON JAIRO BARRETO CORREA como apoderado sustituto de la parte actora, conforme al poder de sustitución allegado a folio 50 del expediente.
- CUARTO:** Vencidos los términos de traslado de la demanda y cumplidas las demás actuaciones secretariales del caso, regrese el expediente al despacho para continuar el curso normal del proceso.

NOTIFÍQUESE,


CLAUDIA PATRICIA ALONSO PÉREZ
Magistrada