

Señor:

JUEZ QUINTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE CARTAGENA

E. S. D.

REFERENCIA:

MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO (LESIVIDAD)
DEMANDANTE: UGPP
DEMANDADO: ADRIANO CELESTINO GOMEZ
RADICADO: 13001333300520180012000

ASUNTO: RECURSO DE REPOSICIÓN EN SUBSIDIO APELACIÓN CONTRA EL AUTO DE FECHA 11 DE NOVIEMBRE DE 2022.

EDUARDO ALONSO FLOREZ ARISTIZABAL, identificado como aparece el pie de mi correspondiente firma, obrando como apoderado general de la **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP**, para los Departamentos de Atlántico, Bolívar, César, Córdoba y Sucre, en virtud del poder general que me fue otorgado por la Dra. Alejandra Avella Peña en su calidad de Directora Jurídica de la referida entidad, como consta en Escritura Pública No. 0149 de 2015 y sus anexos¹; acudo respetuosamente ante su despacho, dentro del término legal, con el fin de interponer y sustentar recurso de reposición en subsidio apelación, contra el auto de fecha 2 de noviembre de 2022, por medio del cual se resolvió negar el decreto de la medida cautelar solicitada con la demanda de la referencia, lo cual hago así:

AUTO MATERIA DE IMPUGNACIÓN

Por medio del auto de fecha 11 de noviembre de 2022, se decidió negar la medida cautelar solicitada por esta defensa, consistente en la suspensión provisional de los efectos jurídicos del acto administrativo demandado. Entre las consideraciones, se manifestó lo siguiente en el auto de fecha 11 de noviembre de 2022:

“... no se cuenta con los elementos probatorios para suspender los efectos del acto administrativo demandado Resolución No 14801 del 26 de julio de 2004, esto por cuanto no se cuenta con el acto administrativo que se alude – Resolución 873 de 2001 expedido por el ISS, en ese sentido resulta arbitrario y contrario a derecho indicar que se esta efectuando un doble pago pensional, cuando no se tiene prueba de las condiciones del reconocimiento efectuado.

Esto además porque debe establecerse con precisión las condiciones en que se hizo el reconocimiento pensional en el ISS, y descartar igualmente que no se esté en condiciones excepcionales en sea factible devengar dos pensiones atendiendo el artículo 128 de la constitución.”

¹ Escrituras Públicas No. 722 de 2015, No. 2425 de 2013 y Decreto No. 0575 del 22 de marzo de 2013.

Sobre esto se afirmó en el auto impugnado lo siguiente:

“En ese sentido de la confrontación del acto que se pide suspender con el artículo 128 constitucional, se advierte que no es palpable la vulneración al no contarse con los elementos probatorios que indiquen se trate de un pago doble de dinero provenientes del sector público, pues como ya se indicó se observan cotizaciones en el sector privado y tampoco se cuenta con elementos para determinar si son incompatibles.

Así mismo, es de recordar que la pensión constituye para quien la percibe una garantía de subsistencia luego del retiro, por lo que se traduce en la protección de los mínimos de subsistencia, en tal sentido no es dable afectar de manera directa los ingresos del señor Adriano Celestino Gómez sin tener la prueba de la directa y palpable afectación a la ley.

Se advierte que de acceder a la medida cautelar de suspensión provisional del reconocimiento pensional por la Resolución de 2004 expedida por la UGPP, se estaría obviando lo dispuesto en el artículo 103 de la Ley 1437 de 2011, en lo relativo a la efectividad de los derechos reconocidos en la Constitución y la Ley y la preservación del orden público. Lo cual, para el caso en concreto, significa que el señor demandado no puede verse perjudicado por las diferencias administrativas que se puedan presentar entre las entidades potencialmente obligadas a garantizar sus derechos prestacionales, como por ejemplo las disputas generadas por un conflicto de competencias, toda vez que, se insiste, en su caso el cumplimiento de los requisitos para el reconocimiento de su pensión de vejez no ha sido controvertido.”

En suma, consideró el despacho negar el decreto de la medida cautelar solicitada. Así las cosas, debe manifestar el suscrito no estar conforme con lo resuelto y considerado por el Juez de Instancia, dado que sí se aportaron las pruebas conducentes de verificar la existencia de la ilegalidad en el acto administrativo demandado, a la vez que se mostró la necesidad de la suspensión provisional de sus efectos, por lo que es necesario analizar la situación del derecho pensional del demandado y la ilegalidad aludida en la demanda. Veamos.

OCURRENCIA DE LA ILEGALIDAD - INCOMPATIBILIDAD DE LA PENSIÓN DE VEJEZ Y LA PENSIÓN DE JUBILACIÓN POR APORTES.

Como se narró en los hechos de la demanda, en favor del demandado señor **ADRIANO CELESTINO GOMEZ**, el extinto Instituto de Seguros Sociales – ISS, realizó el reconocimiento de una pensión de jubilación a través de la Resolución No. No 873 de 2001, en consideración a que alcanzó el estatus jurídico de pensionado el día 15 de marzo de 2000.

No obstante, a expensas de lo anterior, la extinta CAJANAL E.I.C.E., a instancia del demandado, le reconoció una pensión de jubilación por aportes a través de la Resolución No. 14801 de fecha 26 de julio de 2004. La situación del doble reconocimiento se constituyó como una clara violación a la prohibición establecida en el artículo 128 de la Constitución Política que dicta lo siguiente:

Correo notificaciones: efloreza@ugpp.gov.co
Calle 61 B No. 10-51 Barrio La Castellana Montería - Córdoba
Tel: (4) 789 28 58 Cel: 300 764 2610 / 314 680 2976

“ARTICULO. 128.- Nadie podrá desempeñar simultáneamente más de un empleo público ni recibir más de una asignación que provenga del tesoro público, o de empresas o de instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado, salvo los casos expresamente determinados por la ley. Entiéndase por tesoro público el de la Nación, el de las entidades territoriales y el de las descentralizadas”.

También, se está violentando lo establecido en el artículo 19 de la ley 4 de 1992, donde se establece lo siguiente:

“ARTICULO. 19.- Nadie podrá desempeñar simultáneamente más de un empleo público, ni recibir más de una asignación que provenga del Tesoro Público, o de empresas o de instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado. Exceptúanse las siguientes asignaciones:

- a). Las que reciban los profesores universitarios que se desempeñen como asesores de la Rama Legislativa;
- b). Las percibidas por el personal con asignación de retiro o pensión militar o policial de la Fuerza Pública;
- c). Las percibidas por concepto de sustitución pensional;
- d). Los honorarios percibidos por concepto de hora-cátedra;
- e). Los honorarios percibidos por concepto de servicios profesionales de salud;
- f). Los honorarios percibidos por los miembros de las Juntas directivas, en razón de su asistencia a las mismas, siempre que no se trate de más de dos Juntas;
- g). Las que a la fecha de entrar en vigencia la presente Ley benefician a los servidores oficiales docentes pensionados;

PARÁGRAFO. No se podrán recibir honorarios que sumados correspondan a más de ocho (8) horas diarias de trabajo a varias entidades.”

Existe entonces una limitación de tipo Constitucional y legal consistente en percibir más de una asignación proveniente del tesoro público.

La Corte Constitucional a través de la Sentencia C - 133 de fecha 1 abril de 1993, analizó la Constitucionalidad del artículo 19 de la ley 4 de 1992, donde de hecho, entre otras cosas, consideró el concepto de asignación como toda clase de remuneración que emane del tesoro público, incluyendo las mesadas pensionales:

“... no comparte la Corte el criterio del actor, pues si bien es cierto que en el artículo 128 C.P., se consagra una incompatibilidad, no lo es menos que esta se encuentra en íntima relación de conexidad con la remuneración de los

servidores estatales; basta ver que en ella se prohíbe la concurrencia de dos o más cargos públicos en una misma persona, tanto como recibir más de una asignación que provenga del erario. El término "asignación" comprende toda clase de remuneración que emane del tesoro público, llámese sueldo, honorario, mesada pensional etc."² (Subrayado Propio)

Esta situación hace improcedente reconocimientos dobles cuya fuente de financiación sea el tesoro público. Esto significa que los aportes pensionales realizados por una persona, no pueden ser considerados para realizar dos reconocimientos, pues tal cosa atentaría tanto con finalidad del sistema pensional en salud, además que contra el principio de estabilidad financiera establecido en el artículo 48 de la Constitución Política.

Precisamente, en la Sentencia de la Sección Segunda, Subsección A, de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, de fecha 17 de octubre de 2017, Radicación número: 25000-23-42-000-2014-00898-01(2034-16), se dejó claro que la prohibición establecida en el artículo 128 de la Constitución Política involucra la percepciones de mesadas pensionales cuya fuente sea el erario o cuyo pago corresponda a entidades de previsión del Estado, no importando su concepto:

"La prohibición constitucional de percibir doble asignación proveniente del tesoro público impide que dos o más emolumentos que tengan como fuente u origen el ejercicio de empleos o cargos públicos, en este sentido, la norma comprende dos prohibiciones: i) desempeñar dos empleos de forma simultánea y ii) recibir más de una asignación del tesoro público... Bajo dicho entendido, se encuentra la prohibición de percibir más de dos asignaciones por cualquier concepto que provengan del erario, (dos empleos públicos en forma simultánea o pensión de jubilación -proveniente de entidades de previsión del Estado- y sueldo), cuyo pago o remuneración provenga del tesoro público o de empresas o instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado. Ello, sin perjuicio de las excepciones previstas en la ley."

Ahora bien, manifestó el A quo en su providencia que no se tienen las pruebas suficientes para determinar la procedencia de la suspensión de los efectos jurídicos del acto administrativo demandado, pues es necesario conocer las condiciones del reconocimiento pensional efectuado por parte del extinto ISS para determinar la existencia de un doble pago pensional de vejez.

Esta limitación también debe ser entendida al caso de las pensiones. Dicha limitación se conoce como incompatibilidad pensional, al no permitirse la percepción de dichas sumas de manera simultánea.

Al revisar la página del Registro Único de Afiliados del Sistema de Seguridad Social, del Ministerio de Salud y Protección Social, se precisa que en favor del demandado señor **ADRIANO CELESTINO GOMEZ**, existen dos reconocimientos pensionales del mismo tipo, que en la actualidad se encuentran activas, una de ellas administrada por COLPENSIONES y otra administrada por la UGPP

² Sentencia número C - 133 de abril 1º de 1993. Magistrado Ponente doctor Vladimiro Naranjo Mesa. Gaceta de la Corte Constitucional 1993. Tomo 4 pág. 58

INFORMACIÓN BÁSICA						Fecha de Corte:
Número de Identificación	Primer Nombre	Segundo Nombre	Primer Apellido	Segundo Apellido	Sexo	2022-11-11
CC 913862	ADRIANO	CELESTINO	GOMEZ	MONTE	M	

AFILIACIÓN A SALUD						Fecha de Corte:
Administradora	Régimen	Fecha Afiliación	Estado de Afiliación	Tipo de Afiliado	Departamento -> Municipio	2022-11-11
NUOVA EPS S.A.	Contributivo	01/06/2008	Activo	COTIZANTE	CARTAGENA	

AFILIACIÓN A PENSIONES Fecha de Corte: 2022-11-11
No se han reportado afiliaciones para esta persona

AFILIACIÓN A RIESGOS LABORALES Fecha de Corte: 2022-11-11
No se han reportado afiliaciones para esta persona

AFILIACIÓN A COMPENSACIÓN FAMILIAR Fecha de Corte: 2022-11-11
No se han reportado afiliaciones para esta persona

AFILIACIÓN A CESANTIAS Fecha de Corte: 2022-11-11
No se han reportado afiliaciones para esta persona

PENSIONADOS							Fecha de Corte:
Entidad Pagadora de pensión	Entidad que reconoce la pensión	Tipo de Pensión	Estado	Tipo de Pensionado	Fecha Resolución	Número Resolución Pensión PG	2022-11-11
ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES	ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES	Vejez	Activo	Régimen de prima media con tope máximo de pensión	2001-01-01	873	
	UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTR.	Jubilación	Activo	Régimen de prima media con tope máximo de pensión	2004-07-26	1480104	

De la anterior imagen se constata que ambos reconocimientos pensionales asignados al demandado, cubren el riesgo de vejez, administrados y pagados por entidades de previsión social del Estado, cuya fuente es el erario.

Lo anterior no deja dudas que en favor del demandado se efectuaron dos reconocimientos pensionales que cubren el mismo riesgo, incluso, teniendo en cuenta los mismos tiempos de servicios.

El demandado señor **ADRIANO CELESTINO GOMEZ**, realizó cotizaciones con destino a pensiones en la extinta CAJANAL E.I.C.E. desde el día 8 de enero de 1958 hasta el día 30 de abril de 1962 y desde el día 2 de abril de 1965 hasta el día 1 de enero de 1981, al servicio de entidades públicas, donde acumuló más de 20 años de servicios públicos prestados. Y realizó cotizaciones con destino a pensiones en el extinto ISS desde el día 15 de marzo de 1980 hasta el día 15 de enero de 1981; desde el día 19 de enero de 1981 hasta el día 12 de septiembre de 1990; desde el día 2 de marzo de 1992 hasta el día 1 de julio de 1994 y desde el día 7 de septiembre de 1994 hasta el día 31 de diciembre de 1994, prestados en el sector privado, donde acumuló cerca de 14 años de servicios.

Al valorar sus tiempos de servicios, no sería posible el reconocimiento de una prestación pensional teniendo en cuenta solo los años de servicios prestados en el sector privado y aportados en el ISS. De hecho, al analizar el contenido del trámite pensional para el reconocimiento de la pensión de jubilación por aportes, como mencionó el A quo en su providencia, el extinto ISS manifestó que se estaban teniendo en cuenta los mismos aportes pensionales utilizados para el reconocimiento de la pensión de vejez a través de la Resolución No. No 873 de 2001.

Lo anterior hace comprender que al expedir la Resolución No. 14801 de fecha 26 de julio de 2004, se procedió en abierta ilegalidad al ordenamiento jurídico, al llevar a cabo un reconocimiento pensional de vejez sin prevenir que dicho riesgo ya estaba cubierto con otra prestación del mismo tipo, y más si para el nuevo reconocimiento se tendrían en cuenta los mismos tiempos de

servicios. Entonces, contrario a lo afirmado por el Juez de Instancia en su providencia, sí se tienen los elementos probatorios para determinar que existe una flagrante violación al ordenamiento jurídico al ser beneficiario el demandado en la actualidad de un doble reconocimiento de vejez. Y de los elementos materiales probatorios aportados con la solicitud de manera natural se concluye que existe una incompatibilidad entre los reconocimientos pensionales efectuados en favor del demandado.

Por otra parte, sin perjuicio de lo expuesto, no es posible argumentar la afectación al mínimo vital del demandado cuando en efecto se tiene pleno conocimiento que devenga dos prestaciones pensionales, teniendo derecho a una de ellas, sin que la suspensión de los efectos jurídicos del acto administrativo demandado indique que dejará de percibir los recursos necesarios para su subsistencia.

SOLICITUD DE SUSPENSIÓN DE LOS EFECTOS DEL ACTO DEMANDADO

Con la demanda de la referencia solicitó esta defensa la suspensión provisional de los efectos jurídicos de la Resolución No. 14801 de fecha 26 de julio de 2004, expedida por la extinta CAJANAL E.I.C.E., por medio de la cual se reconoció una pensión de jubilación por aportes en favor del demandado.

Ahora, como se explicó, el señor **ADRIANO CELESTINO GOMEZ**, antes de la expedición del acto administrativo demandado, ya contaba con un reconocimiento de la misma naturaleza cuyo objeto era cobijar el riesgo de vejez del demandado.

Pero entonces, para explicar la situación planteada y la violación de las normas jurídicas que regulan la sustitución pensional, se abordó en la solicitud lo establecido en el artículo 231 de la ley 1437 de 2011, concretamente lo siguiente: *“... la suspensión provisional... 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.”* (Subrayado Propio)

Sobre el análisis a realizar por parte del funcionario judicial con relación a la medida cautelar de suspensión provisional de los efectos de un acto administrativo, en Sentencia de fecha 13 de mayo de 2015 (Expediente núm. 2015-00022, Consejero ponente: doctor Jaime Orlando Santofimio Gamboa), el Tribunal de Cierre de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo manifestó lo siguiente:

“[...] Para el estudio de la procedencia de esta cautela se requiere una valoración del acto acusado que comúnmente se ha llamado valoración inicial, y que implica una confrontación de legalidad de aquél con las normas superiores invocadas, o con las pruebas allegadas junto a la solicitud. Este análisis inicial permite abordar el objeto del proceso, la discusión de ilegalidad en la que se enfoca la demanda, pero con base en una aprehensión sumaria, propia de una instancia en la que las partes aún no han ejercido a plenitud su derecho a la defensa. Y esa valoración inicial o preliminar, como bien lo contempla el inciso 2º del artículo 229 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, no constituye

prejuzqamiento, y es evidente que así lo sea, dado que su resolución parte de un conocimiento sumario y de un estudio que, si bien permite efectuar interpretaciones normativas o valoraciones iniciales, no sujeta la decisión final [...]”

Por lo anterior entonces, hizo alusión esta defensa que para el reconocimiento de la pensión de jubilación por aportes, a través de la Resolución No. 14801 de fecha 26 de julio de 2004, se violentó lo establecido en el artículo 128 de la Constitución Política, al efectuarse un doble reconocimiento pensional de vejez.

Conforme a lo anterior, se evidencia que la extinta CAJANAL E.I.C.E., reconoció en favor del demandado, una prestación improcedente, sin que tal situación pueda entenderse fundamentada o con apego a las normas que regulan dicho derecho.

El anterior ejercicio probatorio no requirió, naturalmente, un gran esfuerzo analítico ni tampoco profundizar en el caso, como bien lo exige el artículo 231 de la ley 1437 de 2011. Solo se trató de un análisis preliminar del acto administrativo demandado y del material probatorio aportado, que contrastado con las normas que regulan la materia, dan cuenta que la reliquidación de la pensión de jubilación gracia en razón al retiro definitivo del docente es improcedente.

Apreciada la ostensible ilegalidad contenida en la Resolución No. 14801 de fecha 26 de julio de 2004, debe advertirse que el Juez Quinto Administrativo Oral de Cartagena, no dio la razón al suscrito en la medida de concluir que no era apreciable la ilegalidad al no contar con las pruebas necesarias para el análisis de la situación, pero como se mostró, en apego al artículo 231 de la ley 1437 de 2011, sí se cuenta con el material probatorio necesario para arribar, de manera preliminar a la conclusión de la existencia de la ilegalidad planteada por el suscrito en la solicitud de suspensión de los efectos jurídicos del acto administrativo demandado.

PROCEDENCIA DE LA MEDIDA CAUTELAR

El despachó estimó en sus consideraciones que esta defensa no logró determinar la procedencia de la medida cautelar solicitada pues no se tienen los elementos probatorios conducentes a determinar la existencia de reconocimientos pensionales incompatibles.

Pero tal situación no corresponde con la labor argumentativa desplegada por esta defensa en la medida del material probatorio aportado con la demanda y de la ocurrencia de la ostensible ilegalidad. Esta defensa sí logró evidenciar la procedencia de la medida cautelar.

Para el caso de los requisitos para la procedencia de la medida cautelar, en la Sentencia de fecha 13 de mayo de 2015 (Expediente núm. 2015-00022, Consejero ponente: doctor Jaime Orlando Santofimio Gamboa), citada antes, se manifestó lo siguiente:

*“La doctrina también se ha ocupado de estudiar, en general, los criterios que deben tenerse en cuenta para el decreto de medidas cautelares, los cuales se sintetizan en el *fumus boni iuris* y *periculum in mora*. El primero, o apariencia de buen derecho, se configura cuando el Juez encuentra, luego de una apreciación provisional con base en un conocimiento sumario y juicios de verosimilitud o probabilidad, la posible existencia de un derecho. El segundo, o*

perjuicio de la mora, exige la comprobación de un daño ante el transcurso del tiempo y la no satisfacción de un derecho..." (Subrayado Propio)

Dicho esto, la línea de certeza para la procedencia de la medida partió en la comprobación que sí existe la ostensible ilegalidad planteada con la solicitud de suspensión provisional de los efectos de la **Resolución No. 14801 de fecha 26 de julio de 2004**, pues como se analizó antes, a través del acto administrativo demandado se efectuó un reconocimiento incompatible con el realizo por el extinto ISS en favor del demandado.

Entonces, la solicitud del decreto de la medida cautelar parte del hecho que la ilegalidad contenida en el acto administrativo es evidente, lo que hace necesario suspender de manera preventiva los efectos jurídicos de la **Resolución No. 14801 de fecha 26 de julio de 2004**, con el objeto de proteger los recursos públicos del sistema pensional, ante la ocurrencia del enriquecimiento sin causa de un particular que no teniendo derecho a percibir la prestación, violentó la prohibición establecida en el artículo 128 de la Constitución Política

Así las cosas, solicita esta defensa se reponga la decisión contenida en el auto de fecha 11 de noviembre de 2022, por medio del cual se decidió negar el decreto de la medida cautelar solicitada con la demanda de la referencia.

Si en todo caso, no se repone la decisión, solicita esta defensa se conceda el correspondiente recurso de apelación para que bajo el análisis exigido en el artículo 231 de la ley 1437 de 2011 se revoque la decisión, para que en su lugar se efectúe el decreto de la medida solicitada.

De usted.

Atentamente,



EDUARDO ALONSO FLOREZ ARISTIZABAL

C.C. No. 78.748.867 expedida en Montería.

T.P. 115.968 del C.S. de la J.

Proyectó: Roland Eduardo Orozco González

Aprobó: EAFA