

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL VALLE DEL CAUCA

Santiago de Cali, 30 de agosto de 2022

Auto Interlocutorio

MAGISTRADA PONENTE: PATRICIA FEUILLET PALOMARES

MEDIO DE CONTROL	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO (LESIVIDAD)
EXPEDIENTE:	76001-23-33-006-2018-00392-00
DEMANDANTE:	UNIDAD ADMINISTRATIVA DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP <a href="mailto:notificacionesjudicialesugpp@ugpp.gov.co">notificacionesjudicialesugpp@ugpp.gov.co</a> <a href="mailto:notificacionesjudiciales@ugpp.gov.co">notificacionesjudiciales@ugpp.gov.co</a> Apoderado EDINSON TOBAR VALLEJO <a href="mailto:etobar@ugpp.gov.co">etobar@ugpp.gov.co</a> <a href="mailto:edinsontobar@hotmail.com">edinsontobar@hotmail.com</a> <a href="mailto:dejuridicasas@gmail.com">dejuridicasas@gmail.com</a>
DEMANDADA:	MARÍA DE JESUS MONTAÑO Curador Ad-Litem FLAVIO PEÑA ALZAMORA <a href="mailto:alzamoraabogado@hotmail.com">alzamoraabogado@hotmail.com</a>
ASUNTO	DECRETA MEDIDA CAUTELAR

I. OBJETO DE LA DECISION

Procede el Despacho a resolver la solicitud de medida cautelar formulada por la parte demandante, con la que pretende suspender provisionalmente los efectos de las resoluciones nros. 001973 del 25 de abril de 1984, 3213 del 17 de marzo de 1987, 002718 del 22 de agosto de 1991, 000364 del 28 de enero de 1993, 2409 del 13 de mayo de 1993 y 2183 del 12 de octubre de 1995, mediante las cuales la Empresa Puertos de Colombia ordenó reconocer una pensión de carácter convencional a favor del señor Jaime Riascos Cárdenas y posteriormente se reliquidó y sustituyó a favor de la señora María de Jesús Montaña.

II. FUNDAMENTOS DE LA SOLICITUD DE MEDIDA CAUTELAR

La parte demandante solicitó<sup>1</sup> la suspensión provisional de los actos administrativos demandados con base en los siguientes argumentos:

Que el señor Jaime Riascos Cárdenas nació el 20 de julio de 1941 y prestó sus servicios en la Empresa Puertos de Colombia – Terminal Marítimo de Buenaventura, desde el 6 de julio de 1961 hasta el 14 de diciembre de 1983.

Que, mediante Resolución nro. 001973 del 25 de abril de 1984, al señor Riascos Cárdenas se le reconoció, como beneficio derivado de la Convención Colectiva de Trabajo, un anticipo de 23 mesadas, otorgado por haber cumplido el tiempo de servicio necesario para pensión y no tener aún la edad necesaria para gozar del derecho. Que, a partir del 20 de julio de 1991, al cumplir el requisito de edad de la

<sup>1</sup> Folios 275 - 280 cuaderno físico



RADICACIÓN : 76001-23-33-006-2018-00392-00  
Medio de control : NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO (LESIVIDAD)  
Demandante : UGPP  
Demandado : MARIA DE JESUS MONTAÑO

2

Convención Colectiva de Trabajo, se le reconoció la pensión de jubilación mediante la Resolución nro. 002718 del 22 de agosto de 1991.

Que el señor Jaime Riascos falleció el 3 de octubre de 1993, por lo que la señora María de Jesús Montaña solicitó la pensión de sobreviviente, reconocida mediante Resolución nro. 2183 del 12 de octubre de 1995.

Que, mediante Resolución nro. 7264 del 14 de agosto de 2001, el Instituto de los Seguros Sociales (ISS) reconoció pensión de sobrevivientes a la señora María de Jesús Montaña, con ocasión del fallecimiento del señor Jaime Riascos Cárdenas, con base en el tiempo de servicio laboral en la Empresa Puertos de Colombia.

Que, revisado el expediente pensional con lo reflejado en la página de bono pensional, se evidenciaba que de los tiempos trabajados por el señor Jaime Riascos Cárdenas en la Empresa Puertos de Colombia se derivaron dos reconocimientos pensionales: i) una pensión convencional reconocida por Puertos de Colombia mediante la Resolución nro. 002718 del 22 de agosto de 1991, sustituida a la señora María de Jesús Montaña a través de la Resolución nro. 2183 de 1995, y ii) una pensión de sobrevivientes reconocida por el ISS por los tiempos laborados por el causante en la Empresa Puertos de Colombia desde el 1 de diciembre de 1969 al 31 de agosto de 1980.

Que, conforme lo establece la Constitución Política, se prohíbe a cualquier persona percibir más de una asignación proveniente del tesoro público, relacionado con el hecho de que ambos emolumentos tengan como fuente de origen el ejercicio de cargos públicos, bien sea como empleos públicos simultáneos o a consecuencia de reconocimientos pensionales a cargo del Estado. Que, en ese sentido, la señora María de Jesús Montaña estaba beneficiándose de dos pensiones derivadas del tiempo de trabajo del señor Jaime Riascos Cárdenas en la Empresa Puertos de Colombia, y, por lo tanto, las dos prestaciones son incompatibles entre sí, desconociéndose el artículo 128 superior.

### **III. ARGUMENTOS DE LA PARTE DEMANDADA**

Conforme con la constancia secretarial, visible en Samai (*Desfijación traslado medida cautelar – índice 55*), la parte demandada allegó escrito oponiéndose a la medida cautelar solicitada, escrito visible en Samai índice 53.

Para ello indico que la demandada es una persona de la tercera edad y que, de suspender el efecto de los actos administrativos, se quedaría sin su mínimo vital, afectándose sus derechos fundamentales sustento familiar y vida digna.

Señaló que el caso se refiere a una sustitución pensional, derecho que proviene de un trabajador, y que la pensión reconocida fue obtenida sin fraude y con buena fe por ser beneficiaria.

Sostuvo que hay excepciones en la ley que se esclarecerán a través de la demanda si existen o no razones para el derecho de las dos pensiones.

### **IV. LA MEDIDA CAUTELAR DE SUSPENSIÓN PROVISIONAL**

El artículo 238 de la Constitución Política establece:

*“ARTICULO 238. La jurisdicción de lo contencioso administrativo podrá suspender provisionalmente, por los motivos y con los requisitos que establezca la ley, los efectos de los actos administrativos que sean susceptibles de impugnación por vía judicial”.*

La Corte Constitucional, en sentencia C-834 de 2013, se pronunció respecto a la finalidad de las medidas cautelares, de la siguiente manera:

*“(…) Las medidas cautelares son aquellos mecanismos con los cuales el ordenamiento protege, de manera provisional, y mientras dura el proceso, la integridad de un derecho que es controvertido en ese mismo proceso. De esa manera el ordenamiento protege preventivamente a quien acude a las autoridades judiciales a reclamar un derecho, con el fin de garantizar que la decisión adoptada sea materialmente ejecutada. Por ello, esta Corporación señaló, en casos anteriores, que estas medidas buscan asegurar el cumplimiento de la decisión que se adopte, porque los fallos serían ilusorios si la Ley no estableciera mecanismos para asegurar sus resultados, impidiendo la destrucción o afectación del derecho controvertido (...)”<sup>2</sup>.*

Por su parte, la Ley 1437 de 2011 creó un moderno y amplio régimen de medidas cautelares, adicionales a la suspensión provisional de actos administrativos, y en el artículo 229 le da una amplia facultad al juez para que decrete las medidas cautelares que estime necesarias para *“proteger y garantizar, temporalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia”*. Además, indicó que las medidas cautelares proceden: *i)* en cualquier momento; *ii)* a petición de parte -debidamente sustentada; y *iii)* en todos los procesos declarativos promovidos ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

El artículo 230 del CPACA clasificó las medidas cautelares como: *i) preventivas* (numeral. 4), cuando impiden que se consolide una afectación a un derecho; *ii) conservativas* (numeral 1 primera parte), si buscan mantener o salvaguardar un *statu quo*; *iii) anticipativas* (numerales 1 segunda parte, 2 y 3) de un perjuicio irremediable, por lo que vienen a satisfacer por adelantado la pretensión del demandante, y *iv) de suspensión* (numerales 2 y 3), que corresponden a la medida tradicional en el proceso contencioso administrativo de privación temporal de los efectos de una decisión administrativa.

Los artículos 231 a 233 del CPACA determinan los requisitos, la caución y el procedimiento para decretar las medidas cautelares y son aplicables cuando se solicita la adopción de alguna de las cautelas enunciadas en el artículo 230.

En providencia del 31 de mayo de 2019, el Consejo de Estado – Sección Primera, C.P: ROBERTO AUGUSTO SERRATO VALDÉS, radicación número: 11001-03-24-000-2014-00682-00, recordó, en cuanto a los criterios de aplicación que debe seguir el juez para adoptar una medida cautelar, lo siguiente:

*“ En cuanto a los **criterios de aplicación** que debe seguir el juez para la adopción de una medida cautelar, como ya se anunció, éste cuenta con un amplio margen de discrecionalidad, si se atiende a la redacción de la norma que señala que “podrá decretar las que considere*

<sup>2</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-834/13. Referencia: Expediente D -9509. Demandante: Martín Bermúdez Muñoz. Acción de inconstitucionalidad contra el artículo 613 (parcial) de la Ley 1564 de 2012 “Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso”. Magistrado Ponente: Alberto Rojas Ríos. Bogotá, D.C., veinte (20) de noviembre de dos mil trece (2013).

RADICACIÓN : 76001-23-33-006-2018-00392-00  
Medio de control : NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO (LESIVIDAD)  
Demandante : UGPP  
Demandado : MARIA DE JESUS MONTAÑO

4

*necesarias”<sup>3</sup>. No obstante lo anterior, a voces del artículo 229 del CPACA, su decisión estará sujeta a lo regulado en dicho Estatuto, previsión que apunta a un criterio de proporcionalidad, si se armoniza con lo dispuesto en el artículo 231 ídem, según el cual para que la medida sea procedente el demandante debe presentar “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” (Resaltado fuera del texto).*

*Sobre este asunto, en particular, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de esta Corporación, en providencia de 17 de marzo de 2015 (Expediente núm. 2014-03799, Consejera ponente: doctora Sandra Lisset Ibarra Vélez), señaló:*

*“[...] 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** [...]”<sup>4</sup> (Negrillas fuera del texto).*

*Por su parte, la Sección Tercera, mediante auto de 13 de mayo de 2015 (Expediente núm. 2015-00022, Consejero ponente: doctor Jaime Orlando Santofimio Gamboa), sostuvo lo siguiente:*

*“[...] Lo anterior quiere significar que el marco de discrecionalidad del Juez no debe entenderse como de arbitrariedad, razón por la cual le es exigible a éste la adopción de una decisión judicial suficientemente motivada, conforme a los materiales jurídicos vigentes y de acuerdo a la realidad fáctica que la hagan comprensible intersubjetivamente para cualquiera de los sujetos protagonistas del proceso y, además, que en ella se refleje la pretensión de justicia, razón por la cual es dable entender que **en el escenario de las medidas cautelares**, el Juez se enfrenta a la exposición de un razonamiento en donde, **además de verificar los elementos tradicionales de procedencia de toda cautela, es decir el fumus boni iuris y el periculum in mora, debe proceder a un estudio de ponderación y sus sub principios integradores de idoneidad, necesidad y proporcionalidad** stricto sensu, ya que se trata, antes que nada, de un ejercicio de razonabilidad [...]”<sup>5</sup>(Negrillas no son del texto).*

Se tiene entonces que, en el examen de procedencia de la medida cautelar solicitada, debe verificarse la concurrencia de los elementos que ameritan la imposición de la cautela, a saber: **(i) fumus boni iuris**, o apariencia de buen derecho, **(ii) periculum in mora**, o perjuicio de la mora y **(iii) la ponderación de intereses**.

<sup>3</sup> Artículo 229 del CPACA

<sup>4</sup> Providencia de 17 de marzo de 2015, Expediente núm. 2014-03799, Consejera ponente: doctora Sandra Lisset Ibarra Vélez.

<sup>5</sup> Sobre la aplicación de la **proporcionalidad**, la misma providencia indicó: “(...) Se ha sostenido en anteriores ocasiones: (...) Allí donde el Juez Administrativo no esté gobernado por reglas, lo más posible es que la actuación se soporte en principios o mandatos de optimización, luego la proporcionalidad y ponderación no son metodologías extrañas en la solución de conflictos y en la reconducción de la actividad de la jurisdicción contencioso administrativa al cumplimiento material de los postulados del Estado social de derecho. En todo caso, la proporcionalidad y la ponderación no representan ni la limitación, ni el adelgazamiento de los poderes del juez administrativo, sino que permiten potenciar la racionalidad y la argumentación como sustento de toda decisión judicial. Cabe, entonces, examinar cómo se sujeta la actividad discrecional del juez administrativo a las reglas de la ponderación, como expresión más depurada del principio de proporcionalidad” // En consecuencia, la observancia de este razonamiento tripartito conlleva a sostener que **en la determinación de una medida cautelar**, que no es más que la adopción de una medida de protección a un derecho en el marco de un proceso judicial, el Juez debe tener en cuenta valoraciones de orden fáctico referidas a una estimación de los medios de acción a ser seleccionados, cuestión que implica i) que la medida decretada sea adecuada para hacer frente a la situación de amenaza del derecho del afectado (**idoneidad**); ii) que, habida cuenta que se trata de una decisión que se adopta al inicio del proceso judicial o, inclusive, sin que exista un proceso formalmente establecido, la medida adoptada sea la menos lesiva o invasora respecto del marco competencial propio de la administración pública (**necesidad**) y, por último, es necesario iii) llevar a cabo un razonamiento eminentemente jurídico de **ponderación**, en virtud del cual se debe determinar de manera doble el grado de afectación o no satisfacción de cada uno de los principios contrapuestos ... El propio artículo 231 del CPACA, da lugar a estar consideración imperativa en el numeral 4, literales a) y b), cuando prescribe como exigencia: ‘Que, adicionalmente, se cumpla con 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.’”



RADICACIÓN : 76001-23-33-006-2018-00392-00  
Medio de control : NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO (LESIVIDAD)  
Demandante : UGPP  
Demandado : MARIA DE JESUS MONTAÑO

5

- **La medida cautelar consistente en la suspensión provisional de los efectos jurídicos del acto acusado – reiteración jurisprudencial:**

Como se dijo en líneas anteriores, la suspensión provisional de los efectos jurídicos del acto acusado tiene su fundamento en el artículo 238 CP, y su trámite, procedencia y demás requisitos se desarrollan en los artículos 229 y ss. del CPACA.

Entre sus características principales se destaca su naturaleza cautelar, temporal y accesoria, tendiente a evitar que actos contrarios al ordenamiento jurídico puedan continuar surtiendo efectos, mientras se decide de fondo su constitucionalidad o legalidad, en el proceso ordinario en el que se hubiere decretado tal medida. Es por ello que su finalidad está dirigida a “evitar, transitoriamente, que el acto administrativo surta efectos jurídicos, en virtud de un juzgamiento provisorio del mismo, salvaguardando los intereses generales y el Estado de derecho”.<sup>6</sup>

Para la suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos, la Ley 1437 de 2011 indica que debe referirse expresamente a la confrontación de legalidad que debe efectuar el juez de la medida; es decir, ese **análisis inicial de legalidad** del acto acusado, de cara a las normas que se estiman infringidas.

El Consejo de Estado – Sección Primera, en providencia del 31 de mayo de 2019, C.P: ROBERTO AUGUSTO SERRATO VALDÉS, anteriormente citada, recordó los postulados de la providencia del 13 de mayo de 2015<sup>7</sup> y señaló que:

*“(…) la suspensión provisional, como toda medida cautelar, debe estar siempre debidamente sustentada en los dos pilares fundamentales sobre los cuales se edifica todo sistema cautelar, a saber: los principios del periculum in mora y del fumus boni iuris, en virtud de los cuales siempre se tendrá que acreditar en el proceso el peligro que representa el no adoptar la medida y la apariencia del buen derecho respecto del cual se persigue un pronunciamiento definitivo en la sentencia que ponga fin al litigio (…)”.*

Tal visión ha sido compartida por la precitada Sección Primera del Consejo de Estado, en el auto del 27 de agosto de 2015<sup>8</sup>, en el cual subrayó lo siguiente:

*“(…) En esta providencia no se está adoptando decisión de fondo, pues lo que se resuelve es la solicitud de suspensión provisional, la cual se niega mediante auto interlocutorio, entre otras razones, porque no se configuran los requisitos que la Jurisprudencia y la Doctrina denominan Fumus bonis iuris (aparición de buen derecho) y periculum in mora (necesidad de urgencia de la medida cautelar)”.*

Acerca de la forma en la que el juez debe abordar este análisis inicial, la citada providencia de 17 de marzo de 2015 (Expediente núm. 2014-03799), sostuvo:

*“(…) 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*

<sup>6</sup> Providencia citada *ut supra*, Consejero ponente: doctor Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

<sup>7</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. Consejero ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Bogotá D.C., 13 de mayo de 2015. Radicación número: 11001-03-26-000-2015-00022-00(53057). Actor: CARACOL Televisión S.A. y RCN Televisión S.A. Demandado: Autoridad Nacional de Televisión – ANTV. Referencia: Medio de control de nulidad simple (Auto medida cautelar de suspensión provisional)

<sup>8</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Consejera ponente: María Elizabeth García González. Bogotá, D.C., 27 de agosto de 2015. Radicación número: 11001-03-24-000-2015-00194-00. Actor: Marco Fidel Ramírez Antonio. Demandado: Ministerio de Salud y Protección Social.



**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 prejuizgamiento**, 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 (....)” (Resaltado fuera del texto).

Como lo refiere la providencia transcrita, es importante la prevención efectuada por el legislador al advertir que la decisión sobre la medida cautelar, de ningún modo implica prejuizgamiento, teniendo en cuenta que, como lo ha precisado la Jurisprudencia del Consejo de Estado – Sección Primera, se trata de “*mecanismos meramente cautelares, que en nada afectan ni influyen en la decisión final del fondo del asunto*”<sup>9</sup>.

### • La medida cautelar preventiva

Tal como se señaló en precedencia, conforme al artículo 230 del CPACA, las medidas cautelares son de naturaleza preventivas (num. 4), conservativas (num. 1 primera parte) anticipativas o de suspensión (nums. 1 segunda parte, 2 y 3). En este orden de ideas, la norma enumera las posibles medidas que pueden adoptarse, entre las que se encuentran cautelas negativas y positivas.

La cautela negativa por excelencia es la suspensión provisional, cuando el objeto de control es un acto administrativo. Las cautelas positivas operan cuando el litigio versa sobre la inactividad o las actuaciones de la Administración, hechos u operaciones administrativas, y dichas cautelas son de tipo preventivo, conservativo y anticipativo.

Respecto de las medidas preventivas, estas tienen por finalidad evitar que se configure un perjuicio o se vulneren los derechos del demandante<sup>10</sup>. La Ley 1437 consagró, dentro los procesos contencioso-administrativos, un procedimiento que tiene por finalidad evitar la inejecución de la sentencia, esto es, diseñó un proceso cautelar que se torna en instrumental del proceso principal<sup>11</sup>, que corresponde no

<sup>9</sup> Así lo sostuvo la Sala en la providencia de 11 de marzo de 2014 (Expediente núm. 2013 00503. Consejero ponente: doctor Guillermo Vargas Ayala), al expresar que: “Con el ánimo de superar los temores y las reservas que siempre acompañaron a los Jueces respecto del decreto de la suspensión provisional en vigencia de la legislación anterior, célebre por su escasa efectividad producto de las extremas exigencias que la Jurisprudencia le impuso para salvaguardar su imparcialidad, el inciso segundo del artículo 229 del C.P.A.C.A. expresamente dispone que ‘[l]a decisión sobre la medida cautelar no implica prejuizgamiento’. De lo que se trata, entonces, con esta norma, es de brindar a los Jueces ‘la tranquilidad de que se trata de mecanismos meramente cautelares, que en nada afectan ni influyen en la decisión final del fondo del asunto sub lite’ [ ]. Una suerte de presunción iure et de iure, sobre cómo acceder a la medida no afecta la imparcialidad del Juez ni compromete su capacidad de discernimiento ni poder de decisión, que busca además promover la efectividad del nuevo régimen cautelar introducido. // La Jurisprudencia ya ha ido señalado que este enunciado debe ser visto como un límite a la autorización que se otorga al Juez para que analice los hechos, las pruebas y los fundamentos del caso, pues es evidente que por tratarse de una primera aproximación al asunto este análisis debe ser apenas preliminar, razón por la cual no puede suponer un examen de fondo o ‘prejuizgamiento’ de la causa [ ]. La carga de argumentación y probatoria que debe asumir quien solicita la medida cautelar, garantizan que el Juez tenga suficientes elementos de juicio para emprender esta valoración sin tener que desplegar un esfuerzo analítico propio de la fase final del juicio ni renunciar ni relevarse del examen más profundo que debe preceder a la sentencia”. (Negritillas fuera del texto).

<sup>10</sup> Consejo de Estado Sección Cuarta, sentencia de 21 de mayo de 2015, radicación 11001-03-24-000-2013-00534-00

<sup>11</sup> Gómez Aranguren, Gustavo. El régimen de medidas cautelares en la Ley 1437 de 2011. En: Briceño de Valencia y Zambrano Cetina (Coord.) *Instituciones del Derecho Administrativo en el nuevo Código. Una mirada a la luz de la Ley 1437 de 2011*. Banco de la República. Bogotá.



RADICACIÓN : 76001-23-33-006-2018-00392-00  
Medio de control : NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO (LESIVIDAD)  
Demandante : UGPP  
Demandado : MARIA DE JESUS MONTAÑO

7

solo a lo previsto en el artículo 238 de la Constitución Política sino también busca realizar el derecho fundamental de acceso a la administración de justicia<sup>12</sup>. Así, las medidas cautelares preventivas buscan proteger la realización de las decisiones judiciales, ya que permiten que el objeto del juicio permanezca inalterado durante el trámite del proceso, pues, de lo contrario, el restablecimiento del ordenamiento jurídico por medio de la sentencia sería puramente formal y no material.

Por ende, para su decreto se requiere que: (i) exista la apariencia de buen derecho, esto es, que las pretensiones del proceso aparezcan debidamente fundadas; que el demandante haya demostrado, así sea sumariamente, la titularidad del derecho o derechos invocados; (ii) que se efectúe un juicio de ponderación de intereses que permita determinar si resultaría más gravoso para el interés público negar la medida cautelar que concederla, y (iii) que exista peligro para la efectividad de la sentencia, esto es, que se produzca un perjuicio irremediable o que los efectos de la sentencia serían nugatorios<sup>13</sup>.

#### 4.1. CASO CONCRETO:

Como se señaló en el recuento normativo y jurisprudencial, en el examen de procedencia de la medida cautelar solicitada debe verificarse la concurrencia de los elementos que ameritan la imposición de la cautela, a saber: **(i) *fumus boni iuris***, o apariencia de buen derecho, **(ii) *periculum in mora***, o perjuicio de la mora y **(iii)** la ponderación de intereses.

Respecto del *fumus boni iuris*, dicho requisito consiste en que las pretensiones del proceso aparezcan debidamente fundadas, que el demandante haya demostrado así sea sumariamente y 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.

En este caso concreto, la parte demandante consideró que procede la suspensión provisional de los actos administrativos demandados, en razón a que quebrantan las normas superiores, artículo 64 de la Constitución Política de 1886 y 128 de la actual Constitución, toda vez que las pensiones recibidas por el señor Jaime Riascos Cárdenas y por su hoy sobreviviente la señora María de Jesús Montaña son incompatibles, porque se computaron tiempos de servicio público, por los tiempos laborados por el causante en la Empresa Puertos de Colombia desde el 1 de diciembre de 1969 al 31 de agosto de 1980, lo que contraría la prohibición de percibir más de una asignación proveniente del tesoro público.

Revisados los actos administrativos por los cuales se solicita la suspensión provisional, se tiene que, mediante la Resolución nro. 001973 del 25 de marzo de 1984, expedida por Puertos de Colombia, se reconoce a favor del señor Jaime

<sup>12</sup> Constitución Política de Colombia:

Artículo 238. La jurisdicción de lo contencioso administrativo podrá suspender provisionalmente, por los motivos y con los requisitos que establezca la ley, los efectos de los actos administrativos que sean susceptibles de impugnación por vía judicial. Artículo 229. Se garantiza el derecho de toda persona para acceder a la administración de justicia. La ley indicará en qué casos podrá hacerlo sin la representación de abogado.

<sup>13</sup> Ibid.



Riascos Cárdenas un anticipo de veintitrés (23) mesadas, teniendo en cuenta el tiempo servido en las siguientes entidades, como se extrae del propio acto demandado (ver folio 101 cuaderno físico):

“  
...

	<u>TIEMPO DE SERVICIOS</u>			
	A	M	D	TOTAL
Puertos de Colombia (Cajanal) Julio 6/61 – Mayo 17/69	7	10	10	2.830
Puertos de Colombia Mayo 18/69 – Diciembre 14/83	14	6	25	<u>5.245</u>
				8.075
			Menos faltas	<u>643</u>
<b>Tiempo efectivo laborado: 20 años, 7 meses 22 días</b>				<b>7.432</b>

...”

Se tiene además que, mediante la Resolución nro. 2718 del 22 de agosto de 1991, proferida por Puertos de Colombia, se le reconoció una *pensión* de jubilación al señor Jaime Riascos Cárdenas por un valor de \$53.240,34, a partir del 20 de julio de 1991 fecha en la que cumplió 50 años de edad, con base en la siguiente liquidación (visible a folio 113 vuelto del cuaderno físico)

“  
...

CAJA NACIONAL DE PREVISIÓN SOCIAL.-	= \$19.618,51
\$49.912,82 x 2.830 / 7.200	
PUERTOS DE COLOMBIA.-	= \$33.621,83
Saldo para el 80%	
TOTAL	\$53.240,34

...”

Mediante la Resolución nro. 2183 del 12 de octubre de 1995, se sustituye la pensión de jubilación a favor de la señora María de Jesús Montaña (ver folio 154 del cuaderno físico).

Visible a folio 187 del expediente físico, se encuentra copia del reporte de semanas cotizadas del señor Jaime Riascos Cárdenas, expedida por el ISS con los periodos pagados por la empresa Puertos de Colombia.

Por otra parte, se tiene la Resolución nro. 7264 del 14 agosto de 2001, proferida por el ISS, por medio de la cual se le reconoce pensión de sobrevivientes a la señora María de Jesús Montaña, en calidad de conyugue del causante Jaime Riascos Cárdenas (ver folio 192 del cuaderno físico).

De la revisión de los actos administrativos obrantes en el plenario, se tiene que al causante Jaime Riascos Cárdenas, mediante la Resolución nro. 2718 del 22 de





RADICACIÓN : 76001-23-33-006-2018-00392-00  
Medio de control : NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO (LESIVIDAD)  
Demandante : UGPP  
Demandado : MARIA DE JESUS MONTAÑO

9

agosto de 1991, proferida por Puertos de Colombia, se le reconoció una pensión de jubilación, por servicios públicos, que fue sustituida a la señora María de Jesús Montaña, mediante Resolución nro. 2183 del 12 de octubre de 1995. Y, de igual forma, a la señora María de Jesús Montaña le fue reconocida pensión de sobrevivientes por parte del ISS, por servicios públicos.

Como se puede observar, el reconocimiento de la pensión de jubilación del señor Jaime Riscos Cárdenas, fue en vigencia de la Constitución de 1886, la cual en su artículo 64 establecía:

*“Artículo 64.- Nadie podrá recibir dos sueldos del Tesoro público, salvo lo que para casos especiales determinen las leyes.*

La Constitución Política de 1991, en el artículo 128, igualmente consagró la prohibición expresa de desempeñar simultáneamente más de un empleo público y de percibir más de una asignación que provenga del tesoro público, lo que reitera lo contenido en la Constitución de 1886, en los siguientes términos:

*“(…) 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 (…)”.*

En concordancia, el artículo 19 de la Ley 4° de 1992<sup>14</sup> derogó de forma tácita el artículo 1 del Decreto 1713 de 1960<sup>15</sup>, y dispuso:

*“(…) Artículo 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. Exceptúense 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 (…)”*<sup>16</sup>

<sup>14</sup> “Mediante la cual se señalan las normas, objetivos y criterios que debe observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la Fuerza Pública y para la fijación de las prestaciones sociales de los Trabajadores Oficiales y se dictan otras disposiciones”

<sup>15</sup> “Artículo 1°.- Nadie podrá recibir más de una asignación que provenga del Tesoro Público o de empresas o instituciones en que tenga parte principal el Estado, salvo las excepciones que se determinan a continuación: (…)”.

<sup>16</sup> Artículo declarado exequible por la Corte Constitucionalidad en Sentencia C-133 del 1° de abril de 1993, M.P. Dr. Vladimiro Naranjo Mesa.



RADICACIÓN : 76001-23-33-006-2018-00392-00  
Medio de control : NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO (LESIVIDAD)  
Demandante : UGPP  
Demandado : MARIA DE JESUS MONTAÑO

10

De la normatividad que regula el tema se desprende la imposibilidad de acceder a dos asignaciones del sector público, salvo en los casos excepcionales allí contenidos.

Ahora bien, el Consejo de Estado<sup>17</sup> se ha referido a la incompatibilidad de devengar simultáneamente dos pensiones, una de jubilación y otra de vejez, salvo que ésta última sea resultado de servicios prestados a empleadores particulares. En concreto, precisó lo siguiente:

***“De lo anterior se concluye que es viable percibir una pensión de jubilación por servicios prestados en el sector público y a la vez recibir una pensión de vejez por parte del ISS siempre que ésta se reconozca por servicios prestados a patronos particulares.***

***No sucede lo mismo cuando la pensión que reconoce el Instituto del Seguro Social incluye tiempos laborados en el sector público porque en ese caso se involucran dineros que provienen del “tesoro público, o de empresas o de instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado” y en tal sentido sería incompatible con la pensión de jubilación reconocida por servicios prestados en el sector público”<sup>18</sup>.*** (Negrilla fuera de texto)

Así las cosas, en la actualidad, la demandada devenga dos pensiones de carácter público, en su condición de sobreviviente, esto es, la reconocida por Puertos de Colombia y la concedida por el ISS. En consecuencia, es evidente para esta Corporación que la demandada se encuentra devengando dos pensiones financiadas con recursos provenientes del Estado, circunstancia que da lugar a acceder parcialmente a la medida cautelar solicitada por la UGPP, en aras de proteger la sostenibilidad financiera del sistema pensional.

Por otra parte, se tiene que no se afecta el mínimo vital de la señora María de Jesús Montaña, por cuanto continuaría percibiendo la pensión de sobreviviente reconocida por Colpensiones.

En el presente caso solo se accederá a decretar la suspensión provisional de la Resolución nro. 2183 del 12 de octubre de 1995, mediante el cual se sustituye la pensión de jubilación en favor de la señora María de Jesús Montaña, por ser el acto administrativo necesario para proteger y garantizar, temporalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia.

Finalmente, es preciso aclarar que, conforme a lo estipulado en el artículo 229 del CPACA, la decisión sobre la medida cautelar no implica prejuzgamiento.

En consecuencia, se

<sup>17</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “A”, Consejero Ponente: **ALFONSO VARGAS RINCON**, providencia proferida el diecisiete (17) de abril de dos mil trece (2013), dentro del proceso identificado con la radicación número: 25000-23-25-000-2009-00274-01(2297-11)

- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “A”, Consejero Ponente: **WILLIAM HERNANDEZ GOMEZ**, sentencia proferida el diecisiete (17) de octubre de dos mil dieciocho (2018), dentro del proceso identificado con la radicación número: 25000-23-42-000-2014-00898-01(2034-16).

<sup>18</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, Consejera Ponente: **SANDRA LISSET IBARRA VELEZ**, sentencia proferida el diecinueve (19) de febrero de dos mil quince (2015), dentro del proceso identificado con la radicación número: 25000-23-25-000-2008-00147-01(0882-13).



RADICACIÓN	: 76001-23-33-006-2018-00392-00
Medio de control	: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO (LESIVIDAD)
Demandante	: UGPP
Demandado	: MARIA DE JESUS MONTAÑO

11

## RESUELVE

**PRIMERO: DECRETAR** la suspensión provisional de la Resolución nro. 2183 del 12 de octubre de 1995, proferida por Puertos de Colombia, mediante la cual se sustituye en favor de la señora María de Jesús Montaña, la pensión del causante Jaime Riascos Cárdenas, de conformidad con la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO:** Todos los memoriales que se presenten durante el trámite del presente proceso, deberán ser allegados a través de la **ventanilla virtual** en la plataforma Samai (<https://relatoria.consejodeestado.gov.co:8087/>) con copia a los correos electrónicos de los demás sujetos procesales.

**Notifíquese y Cúmplase.**

(Firmado Electrónicamente por Samai)  
**PATRICIA FEUILLET PALOMARES**  
**Magistrada**