

SUSPENSIÓN PROVISIONAL DEL ACTO DE RELIQUIDACIÓN DE LA PENSIÓN DE JUBILACIÓN EN EMPLEADA DE LA RAMA JUDICIAL / VINCULACIÓN PRECARIA COMO MAGISTRADA AUXILIAR DEL CONSEJO DE ESTADO – Reliquidación pensional no se funda en aportes efectuados al sistema pensional / FRAUDE DE LAS LEYES PENSIONALES / PRINCIPIO DE SOLIDARIDAD - Vulneración / PRINCIPIO SOSTENIBILIDAD FINANCIERA DEL SISTEMA PENSIONAL - Vulneración

La Sala encuentra que la medida cautelar de suspensión de los efectos de las Resoluciones AMB 01704 de 21 de enero de 2009, PAP 08860 de 12 de agosto de 2010, PAP 031392 de 28 de diciembre de 2010 y PAP 057730 de 16 de junio de 2011, mediante las cuales CAJANAL reliquidó la pensión en cuestión con el salario más elevado devengado por la señora Liliana Velasco Mosquera durante el último año de servicio, es necesaria, comoquiera que se avizora una desproporción en la cuantía de la mesada respecto de toda su vida laboral, en tanto, la cuantiosa pensión se logró por el salario percibido y por los aportes realizados solamente entre el 1º de diciembre de 2007 y el 31 de enero de 2008, que de alguna forma, evidencia la falta de razonabilidad de la prestación pensional mencionada, y un posible quebrantamiento del principio de solidaridad y de sostenibilidad financiera del sistema pensional. Por ello, para la Sala, resulta necesario, suspender los efectos de dichos actos administrativos, mediante los cuales se inició la posible vulneración de los principios mencionados, por el incremento posiblemente obtenido con abuso del derecho o fraude a la ley, en lo que respecta a la diferencia entre la cuantía de la pensión inicialmente reconocida con el promedio de lo devengado en el tiempo que faltaba para obtener el reconocimiento pensional, en este caso, 8 años y 6 meses, conforme a la Ley 100 de 1993 y al Decreto 1158 de 1994, tal como se determinó en la Resolución 021852 de 13 de noviembre de 2003, frente al incremento reconocido en las Resoluciones AMB 01704 de 21 de enero de 2009, PAP 08860 de 12 de agosto de 2010, PAP 031392 de 28 de diciembre de 2010 y PAP 057730 de 16 de junio de 2011, con aplicación absoluta del Decreto 546 de 1971 sin atender los criterios jurisprudenciales frente a la aplicación del régimen de transición, en lo que respecta al IBL, cuya legalidad deberá definirse en la sentencia.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 116 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 241 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 243 / LEY 1437 DE 2011 – ARTÍCULO 10 / DECRETO 546 DE 1971 – ARTÍCULO 6

DECRETO DE MEDIDA CAUTELAR DE SUSPENSIÓN PROVISIONAL DE LOS EFECTOS DE ACTO ADMINISTRATIVO EN PROCESO ANTE JUEZ COLEGIADO – Competencia del magistrado sustanciador

La norma que se aplica para la decisión de las medidas cautelares es el artículo 233 de la Ley 1437 de 2011- CPACA, y por tal razón, la decisión tomada por el a quo el 2 de mayo de 2018 por medio de la cual se decretó la medida cautelar de suspensión provisional de los actos acusados fue proferido por el funcionario competente, en este caso, por el magistrado ponente de la Subsección E, de la Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Aunado a lo anterior hay antecedentes jurisprudenciales recientes del decreto de medidas cautelares proferidas por el Magistrado Ponente, a manera de ejemplo, se cita la providencia de 13 de diciembre de 2017 , en la que se decretó la suspensión provisional de los efectos del artículo 1º de la Resolución No. 0698 de 17 de octubre de 2013, “Por la cual se modifica la Resolución número 0205 del 22 de mayo de 2013, en la cual se estableció el procedimiento para la declaración y

delimitación de Áreas de reserva Especial de que trata el artículo 31 del Código de Minas”; así como la providencia del 22 de mayo de 2018 , donde se decretó la suspensión provisional de las Resoluciones 65314 del 22 de mayo de 2014 y 128637 del 17 de octubre del mismo año, proferidas por la Secretaría de Minas de la Gobernación de Antioquia –Dirección de Titulación Minera.

MEDIDA CAUTELAR DE SUSPENSIÓN DEL PAGO DE SUMAS RECONOCIDAS EN ACTO DE RELIQUIDACIÓN PENSIONAL / DECRETO DE SUSPENSIÓN PROVISIONAL – No implica prejuzgamiento

La actividad del *a quo* se circunscribió a realizar la interpretación normativa del Decreto 546 de 1971, y de lo que las sentencias de constitucionalidad C-258 de 2013 y de unificación SU 395 de 2017 han dicho frente a las pensiones obtenidas bajo el régimen del decreto mencionado, frente a las pensiones contenidas con vinculaciones fugaces o precarias, que en algunos casos, evidencian una desproporción entre la vida laboral del beneficiario con la cuantía de su prestación pensional, sin llegar a concluir en esta oportunidad, que los actos acusados son nulos, como lo ha entendido la apelante. En efecto, la suspensión del pago de las diferencias obtenidas con la reliquidación de la pensión en cuestión, obedeció a garantizar la efectividad de la sentencia y del objeto del proceso, comoquiera que lo pretendido es evitar el detrimento patrimonial del sistema pensional, ocasionado con una pensión que posiblemente este viciada de nulidad.

DECRETO DE MEDIDAS CAUTELARES – Requisitos formales / DECRETO DE MEDIDAS CAUTELARES – Requisitos materiales

La Sala los denomina «*generales o comunes*» porque se exigen para todas las medidas cautelares; y son de «*índole formal*», en la medida que solo requieren una corroboración de aspectos de forma y no un análisis valorativo. Entonces, los requisitos de procedencia, generales o comunes, de índole formal, son: (1) debe tratarse de procesos declarativos o en los que tienen por finalidad la defensa y protección de derechos e intereses colectivos que conoce la jurisdicción de lo contencioso administrativo; (2) debe existir solicitud de parte 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.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 228 / LEY 1437 DE 2011 – ARTÍCULO 229 / LEY 1437 DE 2011 – ARTÍCULO 230 / LEY 1437 DE 2011 – ARTÍCULO 231

MEDIDA CAUTELAR DE SUSPENSIÓN PROVISIONAL DE LOS EFECTOS DE ACTO ADMINISTRATIVO – Procedencia / PRETENSIÓN DE NULIDAD – Requisitos / PRETENSIONES DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO – Requisitos / MEDIDAS CAUTELARES DIFERENTES DE LA SUSPENSIÓN PROVISIONAL – Requisitos

En cuanto a los requisitos de procedencia específicos, si se pretende la medida cautelar de suspensión provisional de los efectos del acto administrativo demandado –*medida cautelar negativa*-, se deben tener en cuenta otras exigencias adicionales que responden al tipo de pretensión en el cual se sustente la demanda así: (a) si la demanda tiene únicamente la pretensión de nulidad del acto administrativo demandado, 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; y (b) 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. (...). Finalmente, si se pretenden otras medidas cautelares diferentes - *medidas cautelares positivas*- a la de suspensión provisional de los efectos del acto administrativo demandado, deben concurrir los siguientes requisitos adicionales: (a) que la demanda esté razonablemente fundada en derecho; (b) que el demandante haya demostrado, así fuere sumariamente la titularidad del derecho o de los derechos invocados; (c) 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; y (d) que, al no otorgarse la medida se cause un perjuicio irremediable o que existan serios motivos para considerar que de no otorgarse los efectos de la sentencia serían nugatorios.

FUENTE FORMAL: LEY 1437 DE 2011 – ARTÍCULO 125 / LEY 1437 DE 2011 – ARTÍCULO 233 / LEY 1437 DE 2011 – ARTÍCULO 243

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN SEGUNDA

SUBSECCIÓN B

Consejera ponente: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ

Bogotá D.C., catorce (14) de febrero de dos mil diecinueve (2019).

Radicación número: 25000-23-42-000-2017-05165-01(4086-18)

Actor: UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP

Demandado: LILIANA VELASCO MOSQUERA

Tipo de Proceso: Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Asunto: Se resuelve recurso apelación contra auto que decretó una medida cautelar de suspensión provisional

APELACIÓN DE AUTO.

1. La Sala procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, contra el auto de ponente¹ de 2 de mayo de 2018, por medio de la cual, la Subsección E en Sala Unitaria, de la Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, decretó la suspensión provisional de los efectos

¹ Proferido por el Magistrado, Dr. Jaime Alberto Galeano Garzón.

de las Resoluciones AMB 01704 de 21 de enero de 2009, PAP 08860 de 12 de agosto de 2010, PAP 031392 de 28 de diciembre de 2010 y PAP 057730 de 16 de junio de 2011, expedidas por la Caja Nacional de Previsión Social Liquidada - CAJANAL², a través de las cuales, reliquidó la pensión de jubilación de la señora Liliana Velasco Mosquera, en lo que respecta de la diferencia entre la mesada reconocida como juez municipal y el aumento que se generó por lo devengado como magistrada auxiliar.

2. Para una mejor comprensión del presente asunto, a continuación la Sala realiza un recuento de los hechos que motivaron la presentación de la demanda que da origen al proceso.

I. ANTECEDENTES

3. La Liliana Velasco Mosquera, nació el 11 de marzo de 1951³ y laboró para la Rama Judicial de manera ininterrumpida desde el 1º de septiembre de 1977 hasta el 15 de enero de 2008, de la siguiente manera:

- i) Como Juez de la República en diferentes el distrito judicial del Cauca, entre el 1º de septiembre de 1977 y el 30 de noviembre de 2007; y
- ii) Como Magistrada Auxiliar del Consejo de Estado entre el 1º de diciembre de 2007 hasta el 31 de enero de 2008.

4. Al cumplir los requisitos para pensionarse, 50 años de edad y 20 años de servicio, solicitó a CAJANAL el reconocimiento de la pensión de vejez el 20 de noviembre de 2002, la cual fue concedida con la Resolución 021852 de 13 de noviembre de 2003, como beneficiaria del régimen de transición contemplado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, atendiendo a lo dispuesto en los preceptos del Decreto 546 de 1971, liquidando la prestación con el promedio del 75% de lo devengado entre el 1º de abril de 1994 y el 30 de septiembre de 2002 -período en el que se desempeñó como Juez Municipal-, con los factores salariales comprendidos en la Ley 100 de 1993 y en el Decreto 1158 de 1994⁴, excluyendo lo percibido por concepto de primas de navidad, de servicios y de vacaciones, por no ser factor salarial, quedando en cuantía de \$2.192.301,03 y su disfrute quedó sujeto al retiro del servicio.

5. La demandada, solicitó la reliquidación de su pensión de vejez por nuevos tiempos de servicio⁵, con el fin de incluir en la base de liquidación, los factores salariales devengados entre el 1º de octubre de 2002 y el 30 de diciembre de 2003 en la Rama Judicial, mientras fungió como Juez Municipal, a la cual accedió CAJANAL, a través de la Resolución 18172 de 10 de septiembre de 2004, quedando la pensión en \$2.375.900,34. Nuevamente se excluyeron las primas de navidad, de servicios y de vacaciones.

6. Inconforme con la liquidación de su pensión de vejez, la señora Liliana Velasco Mosquera presentó acción de tutela, con el fin de que se reliquidara con el salario promedio de la asignación más alta que haya percibido durante el último año de servicio, en el cargo de Juez Municipal, con la inclusión de todo lo

² En adelante CAJANAL.

³ Según cedula de ciudadanía visible a folio 371 del cuaderno 2.

⁴ Por el cual se establece el régimen de seguridad y protección social de los funcionarios y empleados de la Rama Jurisdiccional, del Ministerio Público y de sus familiares.

⁵ Según se observa de la Resolución 18172 de 10 de septiembre de 2004.

devengado durante dicho período. En efecto, el Juzgado Primero Laboral de Popayán, mediante providencia del 21 de julio de 2004⁶ tuteló los derechos fundamentales a la igualdad y de petición, y ordenó a CAJANAL a «*dar de respuesta de fondo reliquidando la pensión vitalicia de jubilación de la citada, incluyendo para ello las primas de navidad, de servicios y vacacional establecidas en el Decreto 546 en su artículo 6º de 1971 (sic) y demás normas concordantes, desde la época en que se reconoció la pensión vitalicia de jubilación*».

7. La anterior decisión, fue cumplida a través de la Resolución 21882 de 15 de octubre de 2004, en la que dejó sin efectos la Resolución 18172 de 16 de septiembre de 2004, quedando el monto de la prestación pensional en \$2.503.174,11, cuya reliquidación obedeció al 75% del salario promedio de la asignación más elevada devengada en el último año de servicio –cargo despeñando como juez Municipal- incluidas las primas de navidad, de servicios y de vacaciones, con efectividad a partir del 1º de octubre de 2004, y condicionado su goce hasta que se acredite el retiro del servicio.

8. Luego, la señora Liliana Velasco Mosquera, presentó petición a CAJANAL el 22 de enero de 2008⁷, con el fin de obtener la reliquidación de su pensión de vejez conforme al salario devengado como Magistrada Auxiliar del Consejo de Estado, atendiendo lo dispuesto en el artículo 6º del Decreto 546 de 1971, y a ser incluida en nómina, lo cual fue desatendido, razón por la que presentó acción de tutela con el fin de que le ampararan su derecho fundamental de petición.

9. Así las cosas el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Popayán mediante fallo del 21 de agosto de 2008⁸, tuteló el derecho fundamental de petición de la pensionada, y ordenó a CAJANAL, dar respuesta a la solicitud que hiciera el 22 de enero de 2008. En consecuencia, el mencionado ente previsional mediante Resolución AMB 01704 de 14 de enero de 2009, reliquidó la pensión de vejez conforme a lo dispuesto en el Decreto 546 de 1971, es decir, con el 75% del salario promedio de la asignación más elevada devengada durante el último año de servicio, esta vez, teniendo en cuenta el salario percibido en el cargo de Magistrada Auxiliar del Consejo de Estado (diciembre de 2007), por lo que su pensión se elevó a la suma de \$10.993.608,68, con efectos a partir del 1º de enero de 2008, y su disfrute condicionado al retiro del servicio.

10. Más adelante, la misma entidad previsional⁹, mediante Resolución PAP 8860 de 12 de agosto de 2010, modificó el numeral segundo de la Resolución AMB 01704 de 14 de enero de 2009, bajo el entendido, de que la pensión de vejez de la señora Liliana Velasco Mosquera tendría efectos en las condiciones anotadas, durante 4 meses, hasta tanto acreditara haber iniciado la acción contenciosa administrativa respectiva, pues la tutela en dicho caso, había operado como mecanismo transitorio de protección constitucional.

11. Frente a lo anterior, la accionada solicitó¹⁰ dejar sin efectos la Resolución PAP 8860 de 12 de agosto de 2010, la cual consideró ilegal, pues la modificación de los efectos de la pensión de vejez en cuestión, obedeció a un acto unilateral arbitrario de la administración, ya que no fue producto de la interposición de recurso administrativo alguno por su titular, ni contó con su consentimiento previo, ni fue ordenado así en el fallo de tutela aducido por el ente previsional, y requirió ser incluida en la nómina de pensionados.

⁶ Folios 84 anverso a 89.

⁷ Según se observa en el fallo de tutela emanado del Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Popayán el 21 de agosto de 2008 visible a folios 119 a 123.

⁸ Folios 119 anverso, a 123.

⁹ CAJANAL.

¹⁰ Folios 182 a 183 del cuaderno 2.

12. Acto seguido, CAJANAL expidió la Resolución PAP 031392 de 28 de diciembre de 2010, a través de la cual, reliquidó la pensión de vejez de la accionada conforme al último salario más alto devengado durante el último año de servicio y por nuevos factores salariales conforme al Decreto 546 de 1971, mientras fungió en el cargo de Magistrada Auxiliar del Consejo de Estado, este fue, el percibido el 1º de enero de 2008, quedando la pensión en cuantía de \$11.258.551, efectiva a partir del 1º de febrero de 2008, y sujeta al retiro del servicio, atendiendo el fallo de tutela proferido el 5 de noviembre de 2009 por el Juzgado Tercero Laboral de Popayán¹¹, por medio del cual, le ampararon el derecho fundamental al mínimo vital y móvil, en conexidad con la vida digna, y ordenaron al mencionado ente previsional, incluir en nómina de pensionados a la señora Liliana Velasco Mosquera, pues le adeudaban 9 mesadas pensionales conforme al valor reliquidado.

13. Finalmente, CAJANAL profirió la Resolución 057730 de 16 de junio de 2011, dando cumplimiento a una orden de desacato del fallo de tutela del 5 de noviembre de 2009¹², dentro del incidente 2009-00489 del Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Popayán, y en consecuencia, modificó el artículo segundo de la Resolución PAP 031392 de 28 de diciembre de 2010, en el sentido de ordenar la liquidación de las diferencias que resultaren de la pensión reliquidada en los actos administrativos 21852 de 13 de noviembre de 2003, 21882 de 15 de octubre de 2004, AMB 1704 de 14 de enero de 2009, y PAP 8860 de 12 de agosto de 2010, teniendo en cuenta lo cancelado.

II. LA DEMANDA y LA SOLICITUD DE MEDIDA CAUTELAR

14. En vista de lo anterior, la UGPP, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, presentó demanda de lesividad a fin de obtener la nulidad de las Resoluciones: **(i)** 21882 de 15 de octubre de 2004, **(ii)** AMB 01704 de 21 de enero de 2009, **(iii)** PAP 08860 de 12 de agosto de 2010, **(iv)** PAP 031392 de 28 de diciembre de 2010 y **(v)** PAP 057730 de 16 de junio de 2011, en virtud de las cuales, CAJANAL reliquidó la pensión de vejez de la accionada.

15. A título de restablecimiento del derecho, solicitó que se ordene a la señora Liliana Velasco Mosquera, a restituir a la UGPP, la suma de \$484.402.666, que recibió en exceso por la reliquidación de su pensión de vejez, desde la fecha en que se incluyó el incremento de forma injustificada, hasta cuando se verifique la devolución que ordene la judicatura; sumas que solicita sean pagadas de forma indexada, más los intereses comerciales y de mora en caso de que la restitución no se haga de forma oportuna; y finalmente que se le condene en costas.

16. Para sustentar sus pretensiones –incluida la medida cautelar mencionada–, la accionante señaló que los actos acusados fueron expedidos con flagrante vulneración del ordenamiento jurídico, entre los que se encuentran, el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, 6º del Decreto 546 de 1971, 1º del Acto legislativo de 2005, 48 del Decreto Reglamentario 1158 de 1994, la sentencia C-258 de 2013; además, que por tratarse de pagos de dinero, generan un grave detrimento al erario público.

¹¹ Folios 132 a 135 del cuaderno 2.

¹² Proferido por el Juzgado Tercero Laboral de Popayán.

17. Adujo, que la demandada es beneficiaria del régimen de transición conforme al artículo 36 de la Ley 100 de 1993, y en tal sentido, le fue reconocida la pensión de vejez conforme a lo dispuesto en el artículo 6º del Decreto 546 de 1971 con la Resolución 021852 de 13 de noviembre de 2013, liquidando la prestación con el promedio del 75% de lo devengado entre el 1º de abril de 1994 y el 30 de septiembre de 2002, en cuantía de \$2.192.301,03.

18. También indicó, que conforme a la sentencia C-258 de 2013, y al acto legislativo 01 de 2005, los derechos pensionales deben ser adquiridos con arreglo a la ley, reconocidos conforme a derecho, y en su causación se prohíbe el abuso del derecho. Por ello, señaló, que las reliquidaciones no se ajustan a la legalidad, inclusive, se dictaron con abuso del derecho, o con fraude a la ley, pues la señora Liliana Velásquez Mosquera durante la mayoría de su vida laboral, fungió como Juez Municipal, sueldo que es ostensiblemente inferior a la asignación básica correspondiente al cargo de Magistrada Auxiliar del Consejo de Estado, que detentó durante el último mes y medio del último año de servicio, con el que finalmente se reliquidó la pensión aludida.

19. Afirmó que, al reliquidar la pensión de vejez de la demandada con el sueldo devengado como Magistrada Auxiliar del Consejo de Estado, la prestación pensional pasó de \$2.375.900,34 (Resol. 018172 de 2004) a \$11.258.551 (Resol. 031392 de 2010), lo que genera un evidente quebrantamiento de los principios de sostenibilidad financiera y de progresividad del sistema pensional, salvaguardado en el Acto Legislativo 01 de 2005 y en la sentencia C-258 de 7 de mayo de 2013.

20. Insistió, que de un análisis teórico de la situación de la demandada, tendría en principio derecho a una pensión ajustada a los parámetros del artículo 6º del Decreto 546 de 1971, defraudando el sistema pensional, pues la vinculación precaria que tuvo como Magistrada Auxiliar del Consejo de Estado, le permitió obtener una pensión de vejez con abuso del derecho y fraude a la ley, por el aprovechamiento de la interpretación de dicha disposición, lo cual se evidencia porque el monto de su pensión no es acorde con los aportes realizados durante su vida laboral.

III. OPOSICIÓN A LA DEMANDA Y A LA MEDIDA CAUTELAR.

21. La señora **Liliana Velásquez Moquera**, se opuso a la medida cautelar¹³, y solicitó despachar desfavorablemente esta solicitud, bajo los siguientes argumentos: (i) indicó que se ha vulnerado el debido proceso para la suspensión de su pensión de vejez, la cual por garantizar la subsistencia de las personas de la tercera edad y de su familia, requieren para su modificación o anulación, llevar a cabo un procedimiento especial -que no especifica- que no se ha adelantado. (ii) señaló que la solicitud de la suspensión de los efectos de los actos administrativos acusados, no cumplen los requisitos de ley para su procedencia, porque no se demostró la vulneración de las normas invocadas, pues simplemente se argumentó, que la pensión de vejez en cuestión, vulnera la Ley 100 de 1993 y las leyes pensionales; y porque en sentir de la UGPP, se genera un quebrantamiento de la sostenibilidad fiscal del sistema pensional, sin siquiera probar los perjuicios económicos causados, lo cual demuestra contrariedad a lo sostenido en la demanda, cuando se afirmó que la pensión fue reconocida bajo un régimen especial, en tanto la accionada es beneficiaria del régimen de transición de la

¹³ Folios 35 a 39 del cuaderno de la medida cautelar.

citada ley, y su situación se ajusta a lo preceptuado en el Decreto 546 de 1971; (iii) adujo, que suspender su pensión le ocasionaría graves perjuicios, por lo que el asunto debe resolverse en la sentencia, y evitar la afectación de sus derechos fundamentales a la seguridad social y al mínimo vital.

IV. EL AUTO APELADO.

22. El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección E, en auto de 2 de mayo de 2018 proferido en Sala Unitaria, decretó la suspensión provisional de los efectos de las Resoluciones AMB 01704 de 21 de enero de 2009, PAP 08860 de 12 de agosto de 2010, PAP 031392 de 28 de diciembre de 2010 y PAP 057730 de 16 de junio de 2011, expedidas por CAJANAL, en lo que respecta a la diferencia entre la mesada reconocida a la señora Liliana Velasco Mosquera por los emolumentos percibidos como Juez Municipal y el aumento que se generó por lo devengado como Magistrada Auxiliar del Consejo de Estado. Es decir, que la demandada, mientras se dicte sentencia, continuará percibiendo su mesada pensional, sin tener en cuenta el aumento que generó la reliquidación de la pensión de vejez por los nuevos tiempos de servicio en el último cargo señalado.

23. En sustento de su decisión, encontró, que hay pruebas suficientes en el expediente que permiten determinar, que el reajuste de la pensión de jubilación de la señora Liliana Velasco Mosquera, encaja dentro de lo que la Corte Constitucional ha denominado como abuso del derecho, habida consideración, que la prestación pensional reajustada produce una objetiva desproporción y falta de razonabilidad, dado que se reliquidó con la asignación más alta devengada en el último año de servicio, este es, el que devengó como Magistrada Auxiliar del Consejo de Estado, amparándose en lo preceptuado en el artículo 6º del Decreto 546 de 1971, sin embargo, este cargo lo ejerció durante 1 mes y 15 días (del 1º de diciembre al 15 de enero de 2008), lo que procuró un incremento significativo de sus ingresos y un salto abrupto y desproporcionado que no corresponde con toda su vida laboral, teniendo en cuenta que desde el 1º de septiembre de 1977 al 30 de noviembre de 2007 –mayor tiempo de servicio- se desempeñó como juez municipal cuyo salario es muy inferior.

24. Trajo a colación las sentencias de unificación del alto tribunal en lo constitucional, 395 de 22 de junio de 2017 y 631 de 12 de octubre de 2017, que citando apartes de las sentencias C-258 de 2013 y SU 427 de 2016, en las que se ha dejado sentado, que las vinculaciones precarias en cargos con salarios elevados en virtud de los cuales se produce el aumento del ingreso base de liquidación, a través del ejercicio del cargo de forma fugaz, como ocurre cuando una persona ha sido designada por un período corto de tiempo en un empleo de libre nombramiento y remoción durante el último año de servicio, se torna en abuso del derecho, pues con solo cotizar un mes de trabajo, aplicando lo dispuesto en el artículo 6 del Decreto 546 de 1971, podría causar una pensión de vejez en una cuantía muy elevada, con base en una mínima cotización, lo que a primera vista, es carente de razonabilidad desde la lógica solidaria del sistema y una objetiva desproporción en la prestación frente a la totalidad de la vida laboral, que obligan al Estado a proveer un subsidio muy alto para poder sufragarla.

V. RECURSO DE APELACIÓN CONTRA EL AUTO QUE DECRETÓ LA MEDIDA CAUTELAR.

25. La señora Liliana Velasco Mosquera, a través de apoderada judicial, apeló¹⁴ la decisión de suspensión provisional de los efectos de los actos acusados, con el fin de que se revoque la medida cautelar decretada, por las siguientes razones:

- (i) Indicó, que hay falta de competencia del magistrado ponente del tribunal para dictar la medida cautelar, pues a su juicio, los artículos 229, 233 y 236 de la Ley 1437 de 2011, solo atribuyen competencia en sala unitaria en el Consejo de Estado, dada la ausencia de superior jerárquico. En tal sentido, la suspensión de actos administrativos deberán dictarse en salas de decisión.
- (ii) Por otro lado sostuvo, que el auto apelado vulnera el artículo 229 de la Ley 1437 de 2011, pues en su sentir, hubo prejuzgamiento al anticiparse la decisión.
- (iii) Finalmente, señaló que el auto recurrido adolece de ilegalidad material en la motivación, porque las sentencias C-258 de 2013 y SU 427 de 2016 que sirvieron de fundamento para decretar la medida cautelar, fueron proferidas por la Corte Constitucional con posterioridad a los actos enjuiciados, es decir, que el tribunal aplicó en forma retroactiva, unas reglas jurídicas contenidas en unas sentencias cuyos efectos no fueron los concebidos en la providencia recurrida. Además, las sentencias invocadas, tiene lugar en sentencias de tutela, que no tiene efectos *inter comunis* a todas las situaciones similares que presente de la UGPP, por lo que mal habría de tomarla como fundamento jurídico en el presente caso. En vista de lo anterior, concluyó, que la suspensión de los efectos de los actos administrativos, debe obedecer a la flagrante vulneración de las normas principales del ordenamiento jurídico, mas no de la jurisprudencia, pues éstas son criterios auxiliares de aplicación para las autoridades.

Así mismo, señaló, que la SU 427 de 2016, fue recogida de forma parcial por el tribunal, pues en la misma, que alude se falló un caso similar, la suspensión de los efectos del acto acusado se surtieron una vez transcurridos 6 meses a la ejecutoria de la providencia que la decreta, y no de manera inmediata como se estableció en el auto recurrido, lo cual no sigue los postulados del principio de legalidad y de la garantía de igualdad contemplada en el artículo 13 constitucional.

26. Por su parte, la **UGPP** al descorrer el recurso de apelación interpuesto contra el auto que decretó la medida cautelar¹⁵, solicitó que se confirme la decisión impugnada, ci non fundamento en los argumento expuesto en la demanda.

VI. CONSIDERACIONES.

6.1. COMPETENCIA.

27. De conformidad con lo dispuesto en los artículos 125¹⁶, 236¹⁷ y 243¹⁸ de la Ley 1437 de 2011, esta Sala es competente para conocer del recurso de

¹⁴ Folios 48 a 55 del cuaderno de medidas cautelares.

¹⁵ Folios 57 a 60 del cuaderno de medias cautelares.

¹⁶ "Artículo 125. Será competencia del juez o Magistrado Ponente dictar los autos interlocutorios y de trámite; sin embargo, en el caso de los jueces colegiados, las decisiones a que se refieren los numerales 1, 2, 3 y 4 del artículo 243 de este Código serán de la sala, excepto en los procesos de única instancia. Corresponderá a los jueces, las salas, secciones y subsecciones de decisión dictar las sentencias. Los autos

apelación interpuesto contra el auto de 2 de mayo de 2018, proferido por la Sala Unitaria de la Subsección E, de la Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante el cual se decretó la medida cautelar de suspensión provisional de los efectos de las Resoluciones AMB 01704 de 21 de enero de 2009, PAP 08860 de 12 de agosto de 2010, PAP 031392 de 28 de diciembre de 2010 y PAP 057730 de 16 de junio de 2011, por medio de las cuales, CAJANAL, reliquidó la pensión de vejez de la señora Liliana Velasco Mosquera –aquí demandada- con el último salario más elevado devengado durante el último año de servicio.

6.2. PROBLEMA JURÍDICO.

28. De acuerdo con los antecedentes expuestos, y, teniendo en cuenta las inconformidades planteadas por la parte demandada en el recurso de apelación interpuesto contra la decisión judicial mencionada, y con miras a establecer, si la medida cautelar adoptada por el «*a quo*», consistente en suspender provisionalmente los actos administrativos¹⁹ que reliquidaron la pensión de vejez de la señora Liliana Velasco Mosquera, cumple sí o no con los requisitos legales para ser decretada, la Sala encuentra que debe resolver los siguientes problemas jurídicos:

- (i) Determinar, si bajo el entendido de los artículos 229, 233 y 236 de la Ley 1437 de 2011, existe o no, falta de competencia del magistrado ponente para decretar una medida cautelar, como lo es la suspensión provisional de los efectos de un acto administrativo, a través de auto de ponente y no a través de auto de sala de decisión.
- (ii) Establecer, si la decisión mediante la cual se decreta una medida cautelar, supone el prejulgamiento respecto del objeto del proceso.
- (iii) Si para efectos de la suspensión provisional de los efectos de un acto administrativo, el juez, al realizar su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas, puede tener en cuenta para tal fin, las sentencias de constitucionalidad y/o las sentencias de unificación que profiere la Corte Constitucional. En caso afirmativo, establecer si es posible que dicha decisión se funde en sentencias que fueron proferidas con posterioridad a la expedición del acto que reconoció el derecho pensional.

29. Para resolver lo anterior, la Sala tomará en consideración especial: **(i)** Las medidas cautelares en la jurisdicción de lo contencioso administrativo, dentro de la cual se comprenderá el estudio de la competencia para proferir decretar las medidas cautelares, y el alcance de tales decisiones; **(ii)** El alcance normativo y la fuerza vinculante de las sentencias de constitucionalidad y de las sentencias de unificación que profiere la Corte Constitucional; **(iii)** Sobre el abuso del derecho y el fraude a la ley en materia pensional; y **(iv)** la solución al caso concreto.

que resuelvan los recursos de súplica serán dictados por las salas, secciones y subsecciones de decisión con exclusión del Magistrado que hubiere proferido el auto objeto de la súplica.”

¹⁷ “Artículo 236. El auto que decreta una medida cautelar será susceptible del recurso de apelación o del de súplica, según el caso. (...)”.

¹⁸ “Artículo 243. (...) serán apelables los siguientes autos proferidos en la misma instancia por los jueces administrativos:

(...)

2. El que decreta una medida cautelar y el que resuelva los incidentes de responsabilidad y desacato en ese mismo trámite.

(...)

Los autos a que se refieren los numerales 1, 2, 3 y 4 relacionados anteriormente, serán apelables cuando sean proferidos por los tribunales administrativos en primera instancia.”

¹⁹ Resoluciones AMB 01704 de 21 de enero de 2009, PAP 08860 de 12 de agosto de 2010, PAP 031392 de 28 de diciembre de 2010 y PAP 057730 de 16 de junio de 2011, expedidas por la UGPP.

6.2.1. LAS MEDIDAS CAUTELARES EN LA JURISDICCIÓN DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.

30. El artículo 229 de la Ley 1437 de 2011²⁰ señala, que las medidas cautelares proceden incluso antes de que se notifique el auto admisorio y en cualquier etapa del proceso para proteger y garantizar provisionalmente el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia.

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.

La decisión sobre la medida cautelar no implica prejuzgamiento.

Parágrafo. 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 se regirán por lo dispuesto en este capítulo y podrán ser decretadas de oficio.²¹

31. En atención al artículo 230 de la codificación en mención, las medidas cautelares pueden ser preventivas, conservativas, anticipativas, o de suspensión; la competencia para dictarlas es del Juez o Magistrado Ponente; pueden decretarse una o varias en un mismo proceso; y se consagró un listado enunciativo de aquellas, entre las cuales se encuentra la suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos. El tenor literal de la norma en mención consagra lo siguiente:

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.

²⁰ Ib.

²¹ **NOTA:** Parágrafo declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-284 de 2014. **NOTA:** El texto subrayado fue declarado INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-284 de 2014.

Parágrafo. Si la medida cautelar implica el ejercicio de una facultad que comporte elementos de índole discrecional, el Juez o Magistrado Ponente no podrá sustituir a la autoridad competente en la adopción de la decisión correspondiente, sino que deberá limitarse a ordenar su adopción dentro del plazo que fije para el efecto en atención a la urgencia o necesidad de la medida y siempre con arreglo a los límites y criterios establecidos para ello en el ordenamiento vigente.

32. Esta misma normativa, en el artículo 231, señala requisitos atendiendo al tipo de medida cautelar que se pretenda. Para el caso de la suspensión provisional de los efectos del acto administrativo demandando establece una diferenciación atendiendo a si en la demanda se pretende únicamente la nulidad del acto administrativo para lo cual solo debe acreditarse la violación de las normas superiores, o si se pretende además de la nulidad el restablecimiento del derecho y la indemnización de perjuicios además deberán probarse estos²². La norma señala expresamente lo siguiente:

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.

33. De las normas antes analizadas²³, los requisitos para decretar las medidas cautelares se pueden clasificar en tres categorías, a saber: **(i)** requisitos de procedencia generales o comunes de índole formal, **(ii)** requisitos de procedencia generales o comunes de índole material, y **(iii)** requisitos específicos de procedencia.²⁴ Veamos:

6.2.1.1. Requisitos de procedencia generales o comunes de índole formal,²⁵ La Sala los denomina «*generales o comunes*» porque se exigen para todas las medidas cautelares; y son de «*índole formal*», en la medida que solo

²² Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. C.P. Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez. Auto de 17 de marzo de 2015. Ref: Expediente N° 11001-03-15-000-2014-03799-00. Actor: Gustavo Francisco Petro Urrego. C/. Procuraduría General de la Nación.

²³ Ley 1437 de 2011, artículos 229, 230 y 231.

²⁴ Consejo De Estado, Sección Segunda, Subsección "B". Consejera Ponente: Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez. Auto de 6 de abril de 2015. Expediente N°: 11001-03-25-000-2014-00942-00. N° interno: 2905-2014. Demandante: JAIRO VILLEGAS ARBELÁEZ. Demandado: NACIÓN - MINISTERIO DE VIVIENDA CIUDAD Y TERRITORIO.

²⁵ En la medida en que estos requisitos únicamente exigen una corroboración formal y no un análisis valorativo.

requieren una corroboración de aspectos de forma y no un análisis valorativo. Entonces, los requisitos de procedencia, generales o comunes,²⁶ de índole formal,²⁷ son: **(1)** debe tratarse de procesos declarativos o en los que tienen por finalidad la defensa y protección de derechos e intereses colectivos que conoce la jurisdicción de lo contencioso administrativo;²⁸ **(2)** debe existir solicitud de parte²⁹ 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.³⁰

6.2.1.2. Requisitos de procedencia generales o comunes de índole material,³¹ La Sala los denomina «*generales o comunes*» porque se exigen para todas las medidas cautelares; y son de «*índole material*», en la medida que exigen por parte del juez un análisis valorativo. Entonces, los requisitos de procedencia, generales o comunes,³² de índole material,³³ son: **(1)** que la medida cautelar solicitada debe ser necesaria para proteger y garantizar provisionalmente el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia;³⁴ y **(2)** que la medida cautelar solicitada debe tener relación directa y necesaria con las pretensiones de la demanda.³⁵

34. Respecto del primer requisito de procedencia, general o común, de índole material, esto es, que la medida cautelar solicitada debe ser necesaria para proteger y garantizar provisionalmente el objeto del proceso, la Sala aclara, que el «*objeto del proceso*», desde un primer nivel de significación, que se corresponde con la teoría procesalista clásica, es la materia o cuestión del litigio, el «*thema decidendi*» que se somete a consideración de la jurisdicción, e involucra, no sólo las pretensiones, sino que también hace referencia a los hechos, normas y pruebas en que estas se fundan.

35. Ahora bien, desde un punto de vista constitucional de aplicación del principio de primacía del derecho sustancial,³⁶ el «*objeto del proceso*», y en general «*de todo proceso que se adelante ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo*», también comprende, en armonía con el artículo 103 de la Ley 1437 de 2011,³⁷ la finalidad de asegurar la «*efectividad de los derechos reconocidos en la Constitución Política y la Ley y la preservación del orden jurídico*». Dicho de otro modo, el objeto de todo proceso judicial es en últimas, garantizar el ejercicio de los derechos fundamentales. En se sentido, el decreto y ejecución de una medida cautelar también debe conciliarse con el postulado superior relativo al respeto de los derechos fundamentales de las personas, siempre que estos no estén en discusión, aclara la Sala.

²⁶ En la medida que se exigen para todas las medidas cautelares.

²⁷ En la medida en que estos requisitos únicamente exigen una corroboración formal y no un análisis valorativo.

²⁸ Artículo 229, Ley 1437 de 2011.

²⁹ De conformidad con el parágrafo 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".

³⁰ Artículo 229, Ley 1437 de 2011.

³¹ En la medida en que exigen por parte del juez un análisis valorativo.

³² En la medida que se exigen para todas las medidas cautelares.

³³ En la medida en que exigen por parte del juez un análisis valorativo.

³⁴ Artículo 229, Ley 1437 de 2011.

³⁵ Artículo 230, Ley 1437 de 2011.

³⁶ Artículo 228 de la Constitución Política de 1991. La Administración de Justicia es función pública. Sus decisiones son independientes. Las actuaciones serán públicas y permanentes con las excepciones que establezca la ley y en ellas prevalecerá el derecho sustancial. Los términos procesales se observarán con diligencia y su incumplimiento será sancionado. Su funcionamiento será desconcentrado y autónomo.

³⁷ Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

36. Así pues, es claro para la Sala, que el juez contencioso debe evaluar con especial cuidado si la medida cautelar solicitada en verdad está orientada a garantizar el objeto del proceso, puesto que al ordenar su decreto, también se pueden lesionar las prerrogativas fundamentales de los perjudicados con las medidas cautelares. Ante tales circunstancias, las autoridades judiciales deben propender por aplicar las normas pertinentes al caso concreto, de manera tal que logre el menor perjuicio posible a los derechos fundamentales, siempre que estos no estén en discusión, se reitera.

37. Finalmente, ya para agotar lo que tiene que ver con el primer requisito de procedencia, general o común, de índole material, la Sala precisa que respecto de la exigencia de que la medida cautelar solicitada esté orientada a garantizar la efectividad de la sentencia, ello se explica en razón de que con las cautelas se busca asegurar el cumplimiento de las decisiones del juez, es decir, que propenden por la seriedad de la función jurisdiccional, y por esta vía, guardan relación directa con los derechos fundamentales de acceso a la administración de justicia y de tutela judicial efectiva, en la medida que con las medidas cautelares también se asegura que las decisiones de los jueces sean ejecutadas y cumplidas.

6.2.1.3. Requisitos de procedencia específicos, de la Suspensión Provisional de los efectos del acto administrativo. La Sala los denomina «*requisitos de procedencia específicos*» porque se exigen de manera particular para cada una de las diferentes medidas cautelares enlistadas, a modo enunciativo, en la Ley 1437 de 2011.³⁸ Entonces, en cuanto a los requisitos de procedencia específicos, si se pretende la medida cautelar de suspensión provisional de los efectos del acto administrativo demandado –*medida cautelar negativa*–, se deben tener en cuenta otras exigencias adicionales que responden al tipo de pretensión en el cual se sustente la demanda³⁹ así: **(a)** si la demanda tiene únicamente la pretensión de nulidad del acto administrativo demandado, 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;⁴⁰ y **(b)** 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.⁴¹

6.2.1.4. Requisitos de procedencia específicos para las demás medidas cautelares diferentes a la suspensión provisional de los efectos del acto administrativo. Finalmente, si se pretenden otras medidas cautelares diferentes –*medidas cautelares positivas*–⁴² a la de suspensión provisional de los efectos del acto administrativo demandado, deben concurrir los siguientes requisitos adicionales: **(a)** que la demanda esté razonablemente fundada en derecho; **(b)** que el demandante haya demostrado, así fuere sumariamente la titularidad del derecho o de los derechos invocados; **(c)** 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

³⁸ Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

³⁹ Por esta razón en el acápite de antecedentes de esta providencia se hizo alusión al medio de control ejercido por el demandante y a las pretensiones de la demanda, toda vez que el legislador en la Ley 1437 de 2011 puso estos como elementos determinantes para el tipo de requisitos que el juez debe analizar al momento resolver sobre el decreto de la medida cautelar.

⁴⁰ Artículo 231, inciso 1°, Ley 1437 de 2011.

⁴¹ Artículo 231, inciso 2°, Ley 1437 de 2011.

⁴² Ley 1437 de 2011, artículo 230, numerales 1, 2, 4 y 5.

el interés público negar la medida cautelar que concederla; y **(d)** que, al no otorgarse la medida se cause un perjuicio irremediable o que existan serios motivos para considerar que de no otorgarse los efectos de la sentencia serían nugatorios.⁴³

38. Para mayor claridad, a continuación la Sala esquematiza la clasificación realizada de los requisitos de las medidas cautelares, en los siguientes dos cuadros, el primero, referido a los requisitos de procedencia, generales o comunes, y el segundo, relacionado con los requisitos específicos:

Primer Cuadro. Requisitos de procedencia, generales o comunes, de índole formal y de índole material, para decretar medidas cautelares, en la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

REQUISITOS PARA EL DECRETO DE LAS MEDIDAS CAUTELARES		
REQUISITOS DE PROCEDENCIA GENERALES O COMUNES	DE ÍNDOLE FORMAL	Debe tratarse de procesos declarativos o en los que tienen por finalidad la defensa y protección de derechos e intereses colectivos que conoce la jurisdicción de lo contencioso administrativo (artículo 229, Ley 1437 de 2011)
		Debe existir solicitud de parte ⁴⁴ 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).
	DE ÍNDOLE MATERIAL	La medida cautelar solicitada debe ser necesaria para proteger y garantizar provisionalmente el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia (artículo 229, Ley 1437 de 2011).
		La medida cautelar solicitada debe tener relación directa y necesaria entre la medida a decretar y las pretensiones de la demanda (artículo 230, Ley 1437 de 2011).

Segundo cuadro. Requisitos de procedencia específicos, para decretar medidas cautelares, en la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

REQUISITOS PARA EL DECRETO DE LAS MEDIDAS CAUTELARES			
REQUISITOS DE PROCEDENCIA	SUSPENSIÓN PROVISIONAL	Si la demanda tiene únicamente la pretensión de nulidad del acto administrativo, se debe verificar que exista una violación de las normas superiores invocadas, la cual puede surgir:	a) tras confrontar el acto demandado con estas b) tras confrontar, las normas superiores invocadas, con las pruebas.
		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)
			a) Que la demanda esté razonablemente fundada en derecho; b) Que el demandante haya demostrado, así fuere

⁴³ Artículo 231, inciso 3°, numerales 1° a 4°, Ley 1437 de 2011.

⁴⁴ De conformidad con el parágrafo 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".

ESPECÍFICOS	Si se pretenden otras medidas cautelares diferentes a la de suspensión de los efectos del acto administrativo demandado, deben concurrir los siguientes requisitos:	sumariamente la titularidad del derecho o de los derechos invocados;
		c) 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; y
		d) Que, al no otorgarse la medida se cause un perjuicio irremediable o que existan serios motivos para considerar que de no otorgarse los efectos de la sentencia serían nugatorios (artículo 231, inciso 3°, numerales 1° a 4°, Ley 1437 de 2011).

6.2.1.5. La competencia para decretar las medidas cautelares.

39. Al respecto, es preciso señalar lo que dicen las normas generales sobre la expedición de providencias, y sus recursos:

40. El artículo 125 de la Ley 1437 de 2011⁴⁵, señala en principio, el funcionario judicial competente para proferir las providencias así:

Artículo 125. De la expedición de providencias. Será competencia del juez o Magistrado Ponente dictar los autos interlocutorios y de trámite; sin embargo, en el caso de los jueces colegiados, las decisiones a que se refieren los numerales 1, 2, 3 y 4 del artículo 243 de este Código serán de la sala, excepto en los procesos de única instancia. Corresponderá a los jueces, las salas, secciones y subsecciones de decisión dictar las sentencias. Los autos que resuelvan los recursos de súplica serán dictados por las salas, secciones y subsecciones de decisión con exclusión del Magistrado que hubiere proferido el auto objeto de la súplica.

41. Por su parte, el artículo 243 de la citada ley, regula lo atinente al recurso de apelación que se puede interponer contra las ciertas decisiones proferidas por la judicatura en el siguiente orden:

Artículo 243. Apelación. Son apelables las sentencias de primera instancia de los Tribunales y de los Jueces. También serán apelables los siguientes autos proferidos en la misma instancia por los jueces administrativos:

1. El que rechace la demanda.
2. El que decrete una medida cautelar y el que resuelva los incidentes de responsabilidad y desacato en ese mismo trámite.
3. El que ponga fin al proceso.
4. El que apruebe conciliaciones extrajudiciales o judiciales, recurso que solo podrá ser interpuesto por el Ministerio Público.

42. Así mismo, el artículo 229 ibídem, al regular la procedencia de las medidas cautelares, dispuso que, el juez o magistrado ponente podrá decretar las medidas cautelares, que estime necesarias para proteger y garantizar provisionalmente el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia.

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

⁴⁵ Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en adelante CPACA.

proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia, de acuerdo con lo regulado en el presente capítulo. (...) (Subraya la Sala)

43. Ahora bien, es importante remitirse al artículo 233 del CPACA, disposición de carácter especial, que regula el procedimiento para la adopción de las medidas cautelares en la jurisdicción contenciosa administrativa, bajo el siguiente tenor:

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.

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. (Subrayado y negrillas no son del texto original).

44. Estando en este escenario, la Sala estima necesario previo a resolver los demás problemas jurídicos planteados, determinar si en el presente caso, el *a quo* fue competente o no para dictar el auto que decretó la medida cautelar objeto del recurso de apelación que ahora se estudia.

45. Pues bien, la interpretación que debe darse de lo dispuesto en los artículos 125, 229 y 243 del CPACA, es la siguiente:

- (i) El artículo 125 del CAPACA, dice que será competencia del juez o Magistrado Ponente dictar los autos interlocutorios y de trámite. No contempla de forma expresa a quien compete dictar el auto que decreta una medida cautelar.
- (ii) El artículo 229 *ibidem*, señala que el juez o magistrado ponente podrá decretar las medidas cautelares, que estime necesarias para proteger y garantizar provisionalmente el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia.
- (iii) En los procesos de primera instancia, será competencia de la respectiva sala de decisión, resolver y dictar la providencia que resuelva el recurso de apelación interpuesto contra el auto cuya decisión corresponda a los asuntos enlistados en el artículo 243 *ibidem*, entre esos, el que decreta una medida

cautelar y el que resuelva los incidentes de responsabilidad y desacato en ese mismo trámite.

46. Ahora, el artículo 233 de la Ley 1437 de 2011, también deja entrever, que es competencia del juez o magistrado ponente proferir el auto que decreta la medida cautelar, tal como se desprende de las siguientes expresiones:

- 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 (...)
- (...) 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.** (...)
- (...) 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.** (...)

47. En pocas palabras, el trámite es sustanciado por el Juez o Magistrado Ponente desde el recibo de la solicitud de la medida cautelar, y lo define, bien sea en auto escrito, o en la audiencia en que se proponga.

48. Así las cosas, considera la Sala, que es competencia del juez y del magistrado ponente según corresponda, proferir el auto que decreta la medida cautelar, y cuya apelación será resuelta por la sala de decisión de su superior jerárquico.

49. Igualmente, vale la pena traer a colación lo dispuesto en el artículo 5º de la Ley 57 de 1887⁴⁶, que contiene las reglas respecto de la incompatibilidad entre disposiciones normativas, que se citará y analizará, con el fin de esclarecer el sentido de los artículos 125 y 233 de la Ley 1437 de 2011 frente a la competencia para decretar las medidas cautelares.

Artículo 5º.- Cuando haya incompatibilidad entre una disposición constitucional y una legal, preferirá aquélla. Si en los Códigos que se adoptan se hallaren algunas disposiciones incompatibles entre sí, se observarán en su aplicación las reglas siguientes: 1ª. La disposición relativa a un asunto especial prefiere a la que tenga carácter general; 2ª. Cuando las disposiciones tengan una misma especialidad ó generalidad, y se hallen en un mismo Código, preferirá la disposición consignada en artículo posterior; (...)

50. La anterior disposición normativa contiene 3 reglas: la primera, establece que cuando hay incompatibilidad entre una norma constitucional y una legal, se prefiere la superior, la segunda, cuando la incompatibilidad se avizora entre una norma especial y otra general, se aplicará la especial; y la tercera, dispone, que cuando exista incompatibilidad entre dos disposiciones de un mismo código, se preferirá la consignada en artículo posterior.

51. De las reglas fijadas en el artículo 5º de la Ley 57 de 1887, en el caso que ahora se estudia, se atiene a la tercera regla, la cual dice que cuando exista incompatibilidad entre dos disposiciones de un mismo código, se preferirá la consignada en artículo posterior

⁴⁶ Sobre adopción de códigos y unificación de la legislación nacional.

52. En efecto, el artículo 125 de la Ley 1437 de 2011, fijó la regla general de competencia de los funcionarios judiciales para proferir los autos interlocutorios y de trámite, y mencionó, que serán de sala las decisiones de los autos apelables, entre los que se encuentra el que decreta una medida cautelar; y por su parte, el artículo 233 del mismo código, regula el procedimiento para la adopción de las medidas cautelares, es decir, ambas normas están contenidas en un mismo código y atañen un mismo tema en cierto sentido.

53. Pues bien, considerando el numeral segundo del artículo 5 de la Ley 57 de 1887, al tener las disposiciones el artículo 125 y el 233 del CPACA la misma especialidad, prevalece la consignada en artículo posterior, es decir, al artículo 233 que regula el procedimiento para dictar las medidas cautelares, del cual como ya se analizó en precedencia, atribuye la competencia para tal fin al juez o al magistrado ponente, bien se trate de juez singular o de cuerpo colegiado.

54. En vista de lo anterior, la norma que se aplica para la decisión de las medidas cautelares es el artículo 233 de la Ley 1437 de 2011- CPACA, y por tal razón, la decisión tomada por el *a quo* el 2 de mayo de 2018 por medio de la cual se decretó la medida cautelar de suspensión provisional de los actos acusados fue proferido por el funcionario competente, en este caso, por el magistrado ponente de la Subsección E, de la Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Aunado a lo anterior hay antecedentes jurisprudenciales recientes del decreto de medidas cautelares proferidas por el Magistrado Ponente, a manera de ejemplo, se cita la providencia de 13 de diciembre de 2017⁴⁷, en la que se decretó la suspensión provisional de los efectos del artículo 1° de la Resolución No. 0698 de 17 de octubre de 2013, “*Por la cual se modifica la Resolución número 0205 del 22 de mayo de 2013, en la cual se estableció el procedimiento para la declaración y delimitación de Áreas de reserva Especial de que trata el artículo 31 del Código de Minas*”; así como la providencia del 22 de mayo de 2018⁴⁸, donde se decretó la suspensión provisional de las Resoluciones 65314 del 22 de mayo de 2014 y 128637 del 17 de octubre del mismo año, proferidas por la Secretaría de Minas de la Gobernación de Antioquia –Dirección de Titulación Minera.

6.2.1.6. Las decisiones en el caso de las medidas cautelares no implican prejuzgamiento.

55. La Ley 1437 de 2011⁴⁹ reguló en el artículo 229 sobre la procedencia de las medidas cautelares, e indicó, que proceden en cualquier etapa del proceso, con el fin de proteger y garantizar provisionalmente el objeto del mismo y la efectividad de la sentencia, y por ende, la medida no implica prejuzgamiento. Dice la norma:

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.

La decisión sobre la medida cautelar no implica prejuzgamiento.

⁴⁷ C.P. Dra. Marta Nubia Velásquez Rico, exp. 11001-03-26-000-2017-00030-00.

⁴⁸ C.P. Dr. Carlos Alberto Zambrano Barrera, exp. 11001-03-26-000-2015-00014-00.

⁴⁹ Por la cual se expide el Código de procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Parágrafo. 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 se regirán por lo dispuesto en este capítulo y podrán ser decretadas de oficio.⁵⁰ (Subraya la Sala)

56. Así lo ha establecido el Consejo de Estado en diferentes oportunidades⁵¹, cuando ha dicho que:

La medida cautelar negativa de suspensión provisional de los efectos de un acto administrativo procederá siempre y cuando pueda comprobarse la vulneración de las disposiciones invocadas en la demanda o en la solicitud de la medida, la cual puede surgir: i) de la confrontación del acto administrativo demandado con las normas superiores señaladas como violadas y/o en las que el acto debía fundarse, o, ii) del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud. (...). De tal forma que, en armonía con lo dispuesto por el inciso segundo del artículo 229 de la Ley 1437 de 2011, que establece que “*la decisión sobre la medida cautelar no implica prejuzgamiento.*”, el eventual decreto de una medida cautelar de suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos demandados, no implica prejuzgamiento, ni torna nugatoria la eventual sentencia que se profiera en el proceso, pues no se está tomando posición alguna respecto al fondo de la controversia; sino que se busca, precisamente, proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso. (Subrayado es propio).⁵²

57. Así mismo, en otro oportunidad, la Corporación dijo que:

Debe tenerse en cuenta que lo anteriormente descrito corresponde a un estudio o análisis preliminar que versa sobre los planteamientos y pruebas que fundamenten la solicitud de la medida, es decir, se trata de una percepción inicial y sumaria, que por regla general se adopta en una etapa inicial del proceso. Entonces, la decisión sobre la medida comporta un primer acercamiento al debate, en el que se realizan interpretaciones normativas y valoraciones, pero sin que ello afecte o comprometa el contenido de la sentencia que debe poner fin a la cuestión litigiosa. En efecto, el artículo 229 del CPACA dispone que la decisión sobre la medida cautelar «no implica prejuzgamiento. (...)»⁵³

58. Por lo anterior, la actividad del *a quo* se circunscribió a realizar la interpretación normativa del Decreto 546 de 1971, y de lo que las sentencias de constitucionalidad C-258 de 2013 y de unificación SU 395 de 2017 han dicho frente a las pensiones obtenidas bajo el régimen del decreto mencionado, frente a las pensiones contenidas con vinculaciones fugaces o precarias, que en algunos casos, evidencian una desproporción entre la vida laboral del beneficiario con la cuantía de su prestación pensional, sin llegar a concluir en esta oportunidad, que los actos acusados son nulos, como lo ha entendido la apelante.

59. En efecto, la suspensión del pago de las diferencias obtenidas con la reliquidación de la pensión en cuestión, obedeció a garantizar la efectividad de la sentencia y del objeto del proceso, comoquiera que lo pretendido es evitar el

⁵⁰ **NOTA: Parágrafo declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-284 de 2014. NOTA: El texto subrayado fue declarado INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-284 de 2014.**

⁵¹ Sentencias de la sección segunda, Subsección A, del 21 de agosto de 2018, exp. 4661-17, C.P. Dr. William Hernández Gómez; del 15 de marzo de 2017, exp 0740-16, C.P. Dr. Gabriel Valbuena Hernández; del 15 de noviembre de 2016, exp. 3007-14, de la Subsección B C.P. Dr. César Palomino Cortés. Igualmente la Sección Primera en sentencia del 25 de enero de 2019, exp. 11001-03-24-000-2014-00541-00, C.P. Dr. Roberto Augusto Serrato Valdés.

⁵² Consejo de Estado Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 10 de mayo de 2018, exp. 0995-15, C.P. Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez.

⁵³ Subsección A, del 16 de agosto de 2018, exp. 1488-16, C.P. Dr. Rafael Francisco Suárez Vargas.

detrimento patrimonial del sistema pensional, ocasionado con una pensión que posiblemente este viciada de nulidad.

60. Así las cosas, la Sala considera que no hubo prejuzgamiento en la decisión del *a quo*, mediante la cual, decretó la suspensión de los efectos de los actos administrativos acusados.

6.2.2. EL ALCANCE NORMATIVO Y LA FUERZA VINCULANTE DE LAS SENTENCIAS DE CONSTITUCIONALIDAD Y LAS SENTENCIAS DE UNIFICACIÓN QUE PROFIERE LA CORTE CONSTITUCIONAL.

61. La Constitución Política de Colombia, en su artículo 116⁵⁴, estableció que la Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, el Consejo Superior de la Judicatura, la Fiscalía General de la Nación, los Tribunales, los Jueces, y la Justicia Penal Militar, administran Justicia.

62. A su vez, el artículo 241 constitucional estableció, que a la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, en los estrictos y precisos términos de este artículo, para lo cual, cumplirá las siguientes funciones:

1. Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que promuevan los ciudadanos contra los actos reformativos de la Constitución, cualquiera que sea su origen, sólo por vicios de procedimiento en su formación.
2. Decidir, con anterioridad al pronunciamiento popular, sobre la constitucionalidad de la convocatoria a un referendo o a una Asamblea Constituyente para reformar la Constitución, sólo por vicios de procedimiento en su formación.
3. Decidir sobre la constitucionalidad de los referendos sobre leyes y de las consultas populares y plebiscitos del orden nacional. Estos últimos sólo por vicios de procedimiento en su convocatoria y realización.
4. Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra las leyes, tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación.
5. Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra los decretos con fuerza de ley dictados por el Gobierno con fundamento en los artículos 150 numeral 10 y 341 de la Constitución, por su contenido material o por vicios de procedimiento en su formación.
6. Decidir sobre las excusas de que trata el artículo 137 de la Constitución.
7. Decidir definitivamente sobre la constitucionalidad de los decretos legislativos que dicte el Gobierno con fundamento en los artículos 212, 213 y 215 de la Constitución.
8. Decidir definitivamente sobre la constitucionalidad de los proyectos de ley que hayan sido objetados por el Gobierno como inconstitucionales, y de los proyectos de leyes estatutarias, tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación.
9. Revisar, en la forma que determine la ley, las decisiones judiciales relacionadas con la acción de tutela de los derechos constitucionales.
10. Decidir definitivamente sobre la exequibilidad de los tratados internacionales y de las leyes que los aprueben. Con tal fin, el Gobierno los remitirá a la Corte, dentro de los seis días siguientes a la sanción de la ley. Cualquier ciudadano podrá intervenir para defender o impugnar su constitucionalidad. Si la Corte los declara constitucionales, el Gobierno podrá efectuar el canje de notas; en caso contrario no serán ratificados. Cuando una o varias normas de un tratado multilateral sean declaradas inexecutable por la Corte Constitucional, el Presidente

⁵⁴ Modificado por el art. 1 del Acto Legislativo N° 03 de 2002.

de la República sólo podrá manifestar el consentimiento formulando la correspondiente reserva.

11. Dirimir los conflictos de competencia que ocurran entre las distintas jurisdicciones.

12. Darse su propio reglamento.

PARÁGRAFO. Cuando la Corte encuentre vicios de procedimiento subsanables en la formación del acto sujeto a su control, ordenará devolverlo a la autoridad que lo profirió para que, de ser posible, enmiende el defecto observado. Subsanao el vicio, procederá a decidir sobre la exequibilidad del acto.

63. Por su parte, el artículo 243 de la Carta Política, dispuso, que «*[l]os fallos que la Corte dicte en ejercicio del control jurisdiccional hacen tránsito a cosa juzgada constitucional. [...]*».

64. Ahora bien, la Corte Constitucional, mediante sentencia C-634 de 2011, al resolver la demanda de inconstitucionalidad presentada por un ciudadano contra el artículo 10º [parcial] de la Ley 1437 de 2011⁵⁵, emitió varios pronunciamientos importantes relacionados con el alcance normativo y la fuerza vinculante de las sentencias de constitucionalidad, que merecen ser citados, previa transcripción de la disposición acusada, así:

Artículo 10. Deber de aplicación uniforme de las normas y la jurisprudencia.

Al resolver los asuntos de su competencia, las autoridades aplicarán las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias de manera uniforme a situaciones que tengan los mismos supuestos fácticos y jurídicos. Con este propósito, al adoptar las decisiones de su competencia, deberán tener en cuenta las sentencias de unificación jurisprudencial del Consejo de Estado en las que se interpreten y apliquen dichas normas. (Subrayado es propio)

65. Nótese, que esta disposición normativa, le dio rango legal, o la categoría de fuente formal del derecho, a las sentencias de unificación jurisprudencial del Consejo de Estado en las que interpreten y apliquen dichas normas, y a su vez, recordó la fuerza vinculante de las sentencias de constitucionalidad, como a continuación se explica.

66. Así, a través de la sentencia C-634 de 2011, el alto tribunal constitucional, al estudiar la acción mencionada contra la citada disposición, **estableció la fuerza vinculante de la jurisprudencia constitucional, conformada por las sentencias de unificación jurisprudencial, sus precedentes judiciales y las sentencias de constitucionalidad, como fuente formal de derecho**, bajo los siguientes supuestos, lo cual amerita ser referidos *in extenso*:

El carácter vinculante de la jurisprudencia constitucional para las autoridades.

El reconocimiento de la jurisprudencia como fuente formal de derecho, opción adoptada por el legislador en la norma demandada, se funda en una postura teórica del Derecho que parte de considerar que los textos normativos, bien sea constitucionales, legales o reglamentarios, carecen de un único sentido, obvio o evidente, sino que solo dan lugar a reglas o disposiciones normativas, estas sí dotadas de significado concreto, previo un proceso de interpretación del precepto. Esta interpretación, cuando es realizada por autoridades investidas de facultades constitucionales de unificación de jurisprudencia, como sucede con las altas cortes de justicia, adquiere carácter vinculante.

⁵⁵ «Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo».

La necesidad de otorgar esa fuerza obligatoria a los precedentes se explica a partir de varias razones. **En primer lugar**, el Derecho hace uso del lenguaje natural para expresarse, de modo que adquiere todas aquellas vicisitudes de ese código semántico, en especial la ambigüedad y la vaguedad, esto es, tanto la posibilidad que un mismo término guarde diversos significados, como la dificultad inherente a todo concepto para ser precisado en cada caso concreto. Así por ejemplo, solo dentro del lenguaje jurídico el término “prescripción” logra los significados más disímiles, lo que demuestra la ambigüedad o polisemia del mismo. Igualmente, existen evidentes dificultades para definir el ámbito de aplicación de conceptos que si bien son indeterminados, tienen un uso extendido en las disposiciones jurídicas, tales como “eficiencia”, “razonabilidad” o “diligencia”. Estos debates, que están presentes en cualquier disposición de derecho, solo pueden solucionarse en cada escenario concreto mediante una decisión judicial que es, ante todo, un proceso interpretativo dirigido a la fijación de reglas, de origen jurisprudencial, para la solución de los casos que se someten a la jurisdicción. En últimas, el Derecho no es una aplicación mecánica de consecuencias jurídicas previstas en preceptos generales, como lo aspiraba la práctica jurídica de inicios del siglo XIX, marcada por el concepto del Código, sino una práctica argumentativa racional.

Además, este último argumento permite hacer compatible la actividad creadora de derecho por parte de los jueces con el principio democrático. En efecto, en las sociedades contemporáneas, merced a la complejidad de las relaciones entre sus agentes, es imposible que las asambleas representativas puedan configurar preceptos que solucionen, de manera específica, todos los casos posibles. Por ende, es inevitable (y como se verá más adelante incluso necesario y valioso) que los jueces conserven la competencia para la definición concreta del derecho, a partir de reglas de origen judicial, creadas a partir de las disposiciones aprobadas por el legislador.

En segundo término, la solución de controversias en sede jurisdiccional no está sometida a la aplicación de una sola regla de derecho, sino que, antes bien, existen diversas disposiciones aplicables a cada caso. Esto sucede debido a que (i) pueden concurrir diversas reglas de la misma jerarquía que ofrecen distintas fórmulas de decisión; y (ii) con base en el principio de supremacía constitucional, el juez está obligado a aplicar, de manera preferente, las normas de la Constitución y demás pertenecientes al bloque de constitucionalidad, en cada uno de los casos sometidos al escrutinio judicial. Por ende, debe adelantarse un proceso de armonización concreta de esas distintas fuentes de derecho, a partir del cual delimite la regla de derecho aplicable al caso analizado, que en todo caso debe resultar respetuosa de la jerarquía del sistema de fuentes; (iii) no todas las disposiciones jurídicas están construidas a manera de una regla, es decir, el enunciado que a un precepto determinado le otorga una consecuencia jurídica definida, sino que también concurren en el ordenamiento otros contenidos que no responden a esa estructura, en especial los principios.

Como se sabe, estos difieren de aquellos en que no están construidos bajo el criterio precepto – sanción, sino que son mandatos de optimización que deben cumplirse en mayor medida posible, de lo que se sigue que no ofrecen respuestas particulares prima facie a casos específicos, como sí lo hacen algunas de las reglas. Así, el juez que resuelve un asunto particular debe dar lugar a estos principios en su razonamiento jurídico, a través del mencionado proceso de armonización; y (iv) es usual que para la solución de un caso concreto concurren diversas reglas que confieren alternativas diversas y/o encontradas de decisión, no exista una regla particular y concreta para solucionar el asunto o se esté ante la colisión entre principios o entre reglas y principios. Estos debates son, precisamente, el campo de trabajo del juez, quien resuelve esa problemática como paso previo a la adopción de una regla particular de derecho o ratio decidendi, que permita llegar a una decisión judicial que resuelva el problema jurídico planteado.

Finalmente, el carácter vinculante de los precedentes de las altas cortes se explica, desde la perspectiva teórica expresada, de la necesidad de eficacia a principios básicos del Estado Constitucional, como la igualdad y la seguridad jurídica. Dentro de las distintas cualidades deseables de los sistemas jurídicos en los Estados democráticos está su predecibilidad y coherencia de las decisiones judiciales. Los ciudadanos esperan que, en todo caso, ante la existencia de asuntos análogos en sus hechos jurídicos relevantes, los jueces otorguen decisiones igualmente similares. No basta, por ende, que se esté ante la estabilidad y coherencia de las reglas del derecho legislado, sino también ante la ausencia de arbitrariedad en las decisiones judiciales. **Esto se logra a partir de dos vías principales: (i) el reconocimiento del carácter ordenador y unificador de las subreglas creadas por los altos tribunales de justicia, como la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado y la Corte Constitucional; y (ii) la exigencia que las decisiones judiciales cumplan con las condiciones propias de todo discurso racional, esto es, que (a) incorporen todas las premisas obligatorias para la adopción de la decisión, esto es, las diversas fuentes formales de derecho, otorgándose prevalencia a aquellas de superior jerarquía, como la Constitución; (b) cumplan con reglas mínimas de argumentación, que eviten las falacias y las contradicciones; (c) sean consistentes con las demás decisiones adoptadas por el sistema judicial, de modo que cumplan con el requisito de predecibilidad antes anotado.** (Resaltado es propio)

67. Luego, la Corte precisó, que las autoridades administrativas y judiciales tienen el deber de aplicar en los asuntos de su competencia, tanto las reglas de las normas constitucionales y legales en que se estas se fundan, como las subreglas contenidas en la *ratio decidendi* de las sentencias de unificación que dicten las altas cortes, como fuente formal del derecho, así:

La definición de las reglas de derecho que aplican las autoridades administrativas y judiciales pasa un proceso interpretativo previo, en el que armoniza el mandato legal particular con el plexo de derechos, principios y valores constitucionales relacionados con el caso, junto con los principios rectores que ordenan la materia correspondiente. A su vez, cuando esta labor es adelantada por aquellas máximas instancias de justicia, que tienen la función constitucional de unificar jurisprudencia con carácter de autoridad, las subreglas resultantes son vinculantes, siendo el sustento de esa conclusión la naturaleza imperativa que la Carta confiere a la Constitución y a la ley. En términos simples, **el deber de acatar los mandatos superiores y legales incorpora, de suyo, el mandato imperativo de asumir como reglas formales de derecho las decisiones que unifican jurisprudencia y/o hacen tránsito a cosa juzgada constitucional, en tanto la ratio decidendi de esas sentencias contienen las subreglas que, mediante la armonización concreta de las distintas fuentes de derecho, dirimen los conflictos sometidos al conocimiento de las autoridades judiciales y administrativas.** Esta disciplina jurisprudencial, a su vez, garantiza la vigencia de principios nodales para el Estado Constitucional, como la seguridad jurídica y la igualdad de trato ante las autoridades.

[...] [s]intetizando las decisiones de esta Corporación que han asumido el tópico en comento, señaló cómo **“...[u]na interpretación adecuada del imperio de la ley a que se refiere el artículo 230 constitucional, significa para la jurisprudencia constitucional que la sujeción de la actividad judicial al imperio de la ley, no puede entenderse en términos reducidos como referida a la aplicación de la legislación en sentido formal, sino que debe entenderse referida a la aplicación del conjunto de normas constitucionales y legales, valores y objetivos, incluida la interpretación jurisprudencial de los máximos órganos judiciales, la cual informa la totalidad del ordenamiento jurídico.** || Sobre este tema, ha resaltado la Corte que (i) la intención del constituyente ha sido darle clara

y expresa prevalencia a las normas constitucionales –art. 4º Superior- y con ella a la aplicación judicial directa de sus contenidos; (ii) que esto debe encontrarse en armonía con la aplicación de la ley misma en sentido formal, es decir dictada por el Legislador, la cual debe ser interpretada a partir de los valores, principios, objetivos y derechos consagrados en la Constitución; (iii) que por tanto es la Carta Política la que cumple por excelencia la función integradora del ordenamiento; (iv) que esta responsabilidad recae en todas las autoridades públicas, especialmente en los jueces de la república, y de manera especial en los más altos tribunales; (v) que son por tanto la Constitución y la ley los puntos de partida de la interpretación judicial; (vi) que precisamente por esta sujeción que las autoridades públicas administrativas y judiciales deben respetar el precedente judicial o los fundamentos jurídicos mediante los cuales se han resuelto situaciones análogas anteriores; (vii) que esta sujeción impone la obligación de respetar el principio y derecho de igualdad tratando igual los casos iguales; (viii) que mientras no exista un cambio de legislación, persiste la obligación de las autoridades públicas de respetar el precedente judicial de los máximos tribunales, en todos los casos en que siga teniendo aplicación el principio o regla jurisprudencial; (ix) que no puede existir un cambio de jurisprudencia arbitrario, y que el cambio de jurisprudencia debe tener como fundamento un cambio verdaderamente relevante de los presupuestos jurídicos, sociales existentes y debe estar suficientemente argumentado a partir de razonamientos que ponderen los bienes jurídicos protegidos en cada caso; (x) que en caso de falta de precisión o de contradicción del precedente judicial aplicable, corresponde en primer lugar al alto tribunal precisar, aclarar y unificar coherentemente su propia jurisprudencia; y (xi) que en estos casos corresponde igualmente a las autoridades públicas administrativas y a los jueces, evidenciar los diferentes criterios jurisprudenciales existentes para fundamentar la mejor aplicación de los mismos, desde el punto de vista del ordenamiento jurídico en su totalidad, “y optar por las decisiones que interpreten de mejor manera el imperio de la ley” para el caso en concreto”. (Resalta la Sala)

68. Ahora bien, también indicó, que las autoridades judiciales pueden apartarse de los precedentes judiciales siempre y cuando cumpla con 2 requisitos estrictos, a saber: «i) *hacer explícitas las razones por las cuales se aparte de la jurisprudencia en vigor sobre la materia objeto de escrutinio judicial; y (ii) demostrar suficientemente que la interpretación alternativa que se ofrece desarrolla de mejor manera los derechos, principios y valores constitucionales.*» sin que implique un ejercicio desbordado o distorsionado de la autonomía. No ocurre lo mismo tratándose de las autoridades administrativas, pues les resulta inadmisibles apartarse de estas decisiones ya que no gozan de las mismas prerrogativas que los operadores judiciales.⁵⁶

69. Señaló, que además de la fuerza vinculante que tienen los precedentes judiciales de las altas cortes, como los que se emiten como consecuencia de su función unificadora, agregó, quede acuerdo con lo dispuesto en el artículo 243 de la Carta Magna, las sentencias de constitucionalidad, tienen efectos erga omnes, hacen tránsito a cosa juzgada constitucional e implican la prohibición para todas las autoridades de reproducir el contenido material del acto jurídico declarado inexecutable por razones de fondo, mientras subsistan las normas superiores que sirvieron de parámetro para el control; y sostuvo el alto tribunal, que «*a partir de la recopilación de diversas decisiones sobre la materia, el estándar aplicable cuando se trata del acatamiento de las decisiones proferidas por la Corte Constitucional, resulta más estricto. [...] En otras palabras, los argumentos que conforman la razón de la decisión de los fallos de control de constitucionalidad son fuente formal de derecho, con carácter vinculante ordenado por la misma Constitución.*»

⁵⁶ Refiriéndose a la autonomía.

En lo relativo a los fallos en los que la Corte ejerce el control concreto de constitucionalidad, también se reconoce su carácter vinculante para las autoridades judiciales y administrativas. Esto en el entendido que dichas decisiones, aunque son adoptadas frente a un asunto particular, no tienen efectos simplemente inter partes, puesto que en dichos fallos la Corte determina el contenido y alcance de los derechos constitucionales. Así, como se ha explicado en esta sentencia, si se parte de la base que (i) las reglas de derecho solo logran su armonización concreta luego de su interpretación; y (ii) la hermenéutica adelantada por las autoridades judiciales investidas de las facultades de unificar jurisprudencia, tiene carácter vinculante; entonces las razones de la decisión de los fallos proferidos en ejercicio del control concreto son un parámetro obligatorio para la aplicación, por parte de las autoridades, de las normas constitucionales en los casos sometidos a su escrutinio.

Lo anterior trae como consecuencia necesaria que el grado de vinculatoriedad que tiene el precedente constitucional para las autoridades administrativas, tenga un grado de incidencia superior al que se predica de otras reglas jurisprudenciales. Ello debido, no a la determinación de niveles diferenciados entre los altos tribunales de origen, sino en razón de la jerarquía del sistema de fuentes y la vigencia del principio de supremacía constitucional. **En otras palabras, en tanto la Carta Política prevé una regla de prelación en la aplicación del derecho, que ordena privilegiar a las normas constitucionales frente a otras reglas jurídicas (Art. 4 C.P.) y, a su vez, se confía a la Corte la guarda de esa supremacía, lo que la convierte en el intérprete autorizado de las mismas (Art. 241 C.P.); entonces las reglas fijadas en las decisiones que ejercen el control constitucional abstracto y concreto, son prevalentes en el ejercicio de las competencias adscritas a las autoridades administrativas y judiciales. Por supuesto, en este último caso reconociéndose las posibilidades legítimas de separación del precedente que, se insiste, están reservadas a los jueces, sin que puedan predicarse de los funcionarios de la administración.** (negrilla es propia)

70. Finalmente, la corte, decidió, que las autoridades tendrán en cuenta, junto con las sentencias de unificación jurisprudencial proferidas por el Consejo de Estado y de manera preferente, las decisiones de la Corte Constitucional que interpreten las normas constitucionales aplicables a la resolución de los asuntos de su competencia. Lo anterior, sin perjuicio del carácter obligatorio erga omnes de las sentencias que efectúan el control abstracto de constitucionalidad, al concretar que:

[l]os fallos de la Corte Constitucional, tanto en ejercicio del control concreto como abstracto de constitucionalidad, hacen tránsito a cosa juzgada y tienen fuerza vinculante, tanto en su parte resolutive (erga omnes en el caso de los fallos de control de constitucionalidad de leyes, e inter partes para los fallos de revisión de tutela) y, en ambos casos, las consideraciones de la ratio decidendi, tienen fuerza vinculante para todas las autoridades públicas. Esto en razón de la jerarquía del sistema de fuentes formales de derecho y el principio de supremacía constitucional, que obligan a la aplicación preferente de las disposiciones de la Carta Política y, en consecuencia, de los contenidos normativos identificados por la jurisprudencia constitucional, en ejercicio de su labor de intérprete autorizado del Texto Superior. (Destaca la Sala)

71. Conforme a lo anterior, debe tenerse en cuenta, que para los efectos de decretar una medida cautelar de suspensión provisional de los efectos de un acto administrativo, entiéndase incluidas en las disposiciones vulneradas, y aquellas en que se deben fundar los actos administrativos, las sentencias de unificación y de constitucionalidad, por comprender el bloque de legalidad de nuestro ordenamiento jurídico.

72. La Sala colige de las normas trascritas, que la medida cautelar negativa de suspensión provisional de los efectos de un acto administrativo procederá siempre y cuando pueda comprobarse la vulneración de las disposiciones invocadas en la demanda o en la solicitud de la medida, la cual puede surgir:

i) De la confrontación del acto administrativo demandado con las normas superiores señaladas como violadas y/o en las que el acto debía fundarse, incluidas a) las disposiciones positivas; b) las sentencias de unificación que profieren los órganos de cierre de la jurisdicción; y, c) las sentencias de constitucionalidad en abstracto tanto en la parte resolutive como en su *ratio decidendi*, como las del control concreto de constitucionalidad, solo en la *ratio decidendi*, o,

ii) Del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud.

4.2.3. EL ABUSO DEL DERECHO Y FRAUDE A LA LEY EN MATERIA PENSIONAL.

73. La Corte Constitucional, en sentencia SU 395 de 22 de junio de 2017, por importancia jurídica, acumuló la revisión constitucional de varias sentencias proferidas por el Consejo de Estado, relacionadas con reconocimientos de pensiones, que fueron objeto de sendas acciones de tutela por estimar que fueron señaladas de haber sido concedidas con abuso del derecho y fraude a la ley, en materia de aplicación del régimen de transición, en la cual consideró lo siguiente:

(...)

8.14. En ese sentido, este Tribunal ha aclarado que cuando, para estos efectos, se utilizan los conceptos del abuso del derecho y fraude a la ley, no se trata de establecer la existencia de conductas ilícitas o amañadas, sino del empleo de una interpretación de la ley que resulta contraria a la Constitución y como resultado de la cual, la persona accedió a una pensión, por fuera del sentido conforme a la Carta del régimen pensional y que produce una objetiva desproporción y falta de razonabilidad en la prestación⁵⁷.

8.15. Lo anterior, ocurre, por ejemplo, como fue planteado en la Sentencia SU-427 de 2016⁵⁸, cuando bajo el amparo de una tesis sobre las reglas de la transición y del ingreso base de liquidación defendida por alguna corporación judicial de cierre se obtienen ventajas irrazonables frente a la verdadera historia laboral del petitionario⁵⁹, lo cual “suele presentarse en situaciones en las que servidores públicos beneficiarios del régimen especial anterior a la Ley 100 y cobijados por la transición, obtienen, en el último año de servicios, un incremento significativo de sus ingresos que en realidad no corresponde con su vida laboral, y por el contrario, representa un salto abrupto y desproporcionado en los salarios recibidos en toda su historia productiva (...).”

8.16. En dichos eventos, como se sostuvo en la referida Sentencia C-258 de 2013, los aumentos significativos de los ingresos del funcionario en sus últimos años de servicios derivan en una pensión que no guarda ninguna relación con los aportes que acumuló en su vida laboral, imponiéndole al Estado la obligación de proveer un subsidio muy alto para poder pagar la pensión reconocida. En ese sentido, especial mención requieren los casos en los que existen vinculaciones precarias en cargos con salario elevados en virtud de los cuales “se produce el aumento del ingreso base de liquidación, a través de figuras como las suplencias en el caso de

⁵⁷ Consultar, entre otras, las Sentencias C-258 de 2013 y SU-427 de 2016.

⁵⁸ M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

⁵⁹ Es pertinente resaltar que para que se produzca este abuso del derecho, el aumento debe ser claramente desproporcionado y debe ser evidente que no corresponde a su historia laboral.

los Congresistas, el encargo en el caso de Magistrados, y la provisionalidad, en los demás casos (...).⁶⁰

Precisamente, en el Auto 326 de 2014, la Sala Plena reafirmó el alcance de la Sentencia C-258 de 2013, al señalar que la regla de interpretación frente al ingreso base de liquidación -IBL- no solo constituye un precedente para la población objeto de dicho pronunciamiento, sino que resulta un “precedente interpretativo de acatamiento obligatorio que no puede ser desconocido en forma alguna”. Por esta razón, en el referido auto, la Corte negó la solicitud de nulidad de la Sentencia T-078 de 2014, que confirmó las decisiones de los jueces laborales, dirigidas a negar la reliquidación de la pensión de vejez con base en la legislación que rige a los trabajadores de la extinta Telecom, pues el IBL no era un aspecto sometido a la transición. En el mencionado Auto 326, entonces, la Sala Plena afirmó que la ratio decidendi de la Sentencia C-258 de 2013 constituye un parámetro vinculante para las autoridades judiciales, señalado lo siguiente: “es importante destacar que el parámetro de interpretación fijado por la Corte en la materia, a pesar de que no se encuentra situado de forma expresa en la parte resolutive de dicha providencia, fundamenta la ratio decidendi que dio lugar a una de las decisiones adoptadas en la Sentencia C-258 de 2013 y, por lo tanto, constituye un precedente interpretativo de acatamiento obligatorio”.

8.17. Vistas así las cosas, el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 consagra un régimen de transición con el fin de salvaguardar las expectativas legítimas que pudieran verse afectadas con la creación del sistema general de seguridad social. Dicho beneficio consiste en la aplicación ultractiva de los regímenes a los que se encontraba afiliado el petitionario, pero solo en lo relacionado con los requisitos de edad, tiempo de servicios o cotizaciones y tasa de reemplazo, excluyendo el ingreso base de liquidación. Lo anterior, evita que se reconozcan pensiones con abuso del derecho, en especial, con fundamento en vinculaciones precarias derivadas de encargos que buscan distorsionar la relación entre el monto de cotización y el monto de la pensión.

8.18. A similar conclusión también se arribó en la Sentencia SU-210 de 2017 previamente referida, en el sentido de advertir que el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, está circunscrito únicamente a los aspectos de la edad, tiempo de servicios o cotización, y el monto de la pensión, en la medida en que “lo atinente a las demás condiciones y requisitos pensionales que no estén regulados por dicho artículo, como el ingreso base de liquidación, deben regirse por las normas contenidas en la ley, correspondientes al sistema general de pensiones”.(...)

74. Así mismo, la Corte Constitucional, en sentencia de unificación SU-631 de 12 de octubre de 2017⁶¹, definió el abuso del derecho de la siguiente manera:

El abuso del derecho, según lo ha destacado esta Corporación, supone que su titular haga de una facultad o garantía subjetiva un uso contrapuesto a sus fines, a su alcance y a la extensión característica que le permite el sistema. Se presenta cuando en el ejercicio de un derecho subjetivo se desbordan los límites que el ordenamiento le impone a este, con independencia de que con ello ocurra un daño a terceros. Es la conducta de la extralimitación la que define al abuso del derecho, mientras el daño le es meramente accidental.

Entonces, el abuso del derecho se configura cuando se fractura la relación finalística que hay entre (i) la dimensión particular del derecho subjetivo y (ii) la proyección social con la que aquel se ha previsto. Se trata por lo general de situaciones en las que, en aplicación de una disposición normativa que desarrolla un derecho subjetivo, éste se desvía y logra un alcance más allá de sí mismo.

⁶⁰ Como se sostuvo en la Sentencia C-258 de 2013 (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub), “si bien es cierto la Corte ha avalado la existencia de algunos regímenes pensionales especiales, también lo es que, dado su carácter excepcional y su impacto en las finanzas públicas, sus reglas deben ser de interpretación restringida y no pueden ser extendidas por analogía a casos de servidores no cobijados por ellos.”

⁶¹ Expedientes acumulados T-5.574.837, T-5.631.824 y T-5.640.742.

Usualmente se advierte en escenarios judiciales cuando genera una lesión a un interés ajeno, no contemplada por el ordenamiento y, en esa medida, ilegítima.

En últimas, el abuso del derecho se caracteriza por causar, en ejercicio de un derecho subjetivo, un resultado incompatible con los fines y los principios a los que responde la disposición normativa que le da cuerpo y legitimidad al interés particular reivindicado.

Cuando la conducta abusiva se predica del ejercicio de un derecho subjetivo que se encuentra desarrollado por una ley, el abuso del derecho se aproxima al fraude a la ley⁶² y los límites entre ambas figuras se vuelven difusos⁶³. En esas situaciones, el abuso del derecho y el fraude a la ley confluyen en un mismo resultado, como dos dimensiones del mismo problema; una subjetiva y otra objetiva, respectivamente. Ninguno, ni el abuso del derecho y el fraude a la ley, puede dar lugar a derechos adquiridos⁶⁴. (...)

Claramente, en sociedades con marcadas diferencias sociales que han tratado de conjurarlas a partir del principio de la igualdad, el cometido no puede ser otro que el de volcarse en favor de la población con menores recursos económicos, o a quienes ante la vejez o enfermedad incapacitante para el trabajo, resultan más vulnerables. Así lo destacó esta Corporación en la **Sentencia C-258 de 2013**, en la que sostuvo que “de acuerdo con este principio (...) el Estado debe prestar asistencia y protección a quienes se encuentren en circunstancias de mayor debilidad o vulnerabilidad, y exigir mayores contribuciones y esfuerzos a quienes están en mejor situación”.

En consecuencia, es posible predicar un abuso del derecho en el sistema de seguridad social en pensiones, cuando en ejercicio de las garantías que aquel cobija, un individuo con una posición económica privilegiada obtiene, además de las ventajas que ostenta en la sociedad, otras adicionales que desafían los principios de la seguridad social en pensiones y resisten su orientación equitativa. Como lo reconoció la **Sentencia C-258 de 2013**, “para que se produzca este abuso del derecho, el aumento [de la mesada pensional], se repite, debe ser claramente desproporcionado y debe ser evidente que no corresponde a su historia laboral.” (Subraya la Sala)

75. Por su parte, la SU 115 de 8 de noviembre de 2018⁶⁵, al respecto indico:

(...)

La Sala Plena de la Corte Constitucional, en casos en los que se cuestiona un posible abuso del derecho en un reconocimiento pensional, unificó su jurisprudencia en relación con la satisfacción del requisito de subsidiaridad de la acción de tutela, a partir de la Sentencia SU-427 de 2016. Estas reglas fueron objeto de reciente precisión en la Sentencia SU-631 de 2017, en la que se supeditó la procedencia de la acción de tutela, a pesar de que la UGPP contara con la posibilidad de agotar el recurso extraordinario de revisión que regulan los artículos 19 y 20 de la Ley 797 de 2003, a que se tratara de un supuesto de “abuso palmario del derecho”, cuya configuración sujetó a dos condiciones: (i) la necesidad de verificar que se tratara de una “vinculación precaria” y (ii) que se tratara de un “incremento excesivo en la mesada pensional”. En caso de que no se acreditara tal supuesto, el medio judicial disponible sería no solo eficaz, sino,

⁶² JUNOY, Joan Picó. La buena fe procesal. Grupo Editorial Ibáñez. Buenos Aires, 2011. pp. 84 a 85. El fraude a la ley es entendido como “el acto realizado al amparo del texto de una norma que persiga un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico o contrario a él. En la doctrina encontramos dos concepciones acerca del fraude de ley: la subjetiva, que centra su punto de atención en la intención de defraudar, que le confiere el carácter ilícito de acto realizado; y la objetiva, que simplemente pone el acento en la violación (indirecta) de la ley.”

⁶³ Para tener en cuenta con mayor claridad las diferencias históricas y doctrinarias de ambas instituciones jurídicas, véase Sentencia C-258 de 2013. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

⁶⁴ Corte Constitucional, Sentencia C-258 de 2013. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

⁶⁵ Corte Constitucional, Expediente T-6.544.363.

además, no podría considerarse que se tratara de un caso de perjuicio irremediable, que ameritara la protección constitucional transitoria⁶⁶.

En relación con el primer requisito, de conformidad con la sentencia de unificación en cita, “31.2. La vinculación precaria ha sido entendida como la relación entre un empleado o funcionario público y el Estado, que tiene una duración reducida en el tiempo^[101]. El elemento que define la precariedad del vínculo laboral es por lo tanto su fugacidad”. Esta fugacidad, para la Sala Plena, debía serlo “en un cargo de mayor jerarquía y remuneración”, que se presentaba, entre otros, cuando se cumpliera un “encargo” o se desempeñara un empleo en “provisionalidad”⁶⁷. Por el contrario, tal situación no se presentaría, “en relación con el desempeño en cargos de mayor jerarquía y remuneración con origen en un concurso de méritos”⁶⁸.

En cuanto al segundo requisito, según señaló la Sala Plena, “31.8. El abuso del derecho surgirá de modo palmario cuando además de una vinculación precaria, se presente un incremento excesivo de la mesada pensional y con él una ventaja ilegítima, que comprometa los principios de igualdad y solidaridad en el caso concreto”. Por tanto, según consideró la Sala, debe haberse “generado un incremento protuberante de la mesada pensional”, pues, solo así, “la aplicación del IBL de un régimen especial, cobra una importancia tal que es imperiosa la intervención del juez de tutela”. En todo caso, precisó:

“Al respecto conviene aclarar que, si bien es cierto cualquier incremento en la mesada pensional que desborde los principios y las reglas del sistema de seguridad social en pensiones, atenta contra él, solo los que sean evidentes y se descubran de un primer acercamiento al caso concreto, ameritan la intervención del juez de tutela. Los demás pueden ser cuestionados a través de la jurisdicción laboral ordinaria o contencioso administrativa, según sea el caso. La remisión de los casos al juez ordinario, no implica de ningún modo restarle relevancia al caso, sino constatar que la urgencia que presenta es relativa y no notoria”.

76. Del mismo modo, la SU 427 de 11 de agosto de 2016⁶⁹, indicó, que la transición pensional de que trata el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, tiene entre otras finalidades, evitar que se reconozcan pensiones con abusos del derecho, como consecuencia de la aplicación de beneficios salariales obtenidos a través de vinculaciones precarias, que generan una desproporción entre la pensión y lo cotizado por el empleado o funcionario. Dice la norma citada:

⁶⁶ La Sala, en los siguientes términos, delimitó el objeto de unificación jurisprudencial: “25. Establecida la naturaleza del abuso del derecho, conviene determinar cuándo ha de considerarse que aquel es de tal entidad que demanda la intervención del juez de tutela, en pro de la sostenibilidad financiera del sistema y, a través de ella, del derecho a la seguridad social de los afiliados al sistema de seguridad social en pensiones. || Cabe destacar que la existencia del mecanismo de revisión tanto en la jurisdicción laboral ordinaria, como en la contencioso administrativa implica que, en principio, la acción de tutela no supera el análisis de procedencia, pues la existencia de un mecanismo principal de acción judicial inhabilita al juez constitucional para decidir el asunto de fondo, en casos como estos. || Sin embargo, existen casos particulares en los cuales de concretarse el riesgo inminente que se ciñe sobre los derechos que se busca proteger, acarrearía un perjuicio que no podría resarcirse y que impide o dificulta el ejercicio de los derechos fundamentales. En la **Sentencia SU-427 de 2016**, esta Sala Plena estableció que asuntos como los que se analizan serían competencia del juez constitucional, solo cuando el abuso del derecho aparezca de modo palmario. || En lo que sigue la Sala Plena de esta Corporación, con arreglo al patrón fáctico de la **Sentencia SU-427 de 2016** y con el ánimo de fijar criterios interpretativos claros para establecer cuándo un abuso del derecho surge de modo palmario, recogerá los lineamientos básicos para determinar los eventos en los que resulta imperiosa la intervención del juez de tutela”.

⁶⁷ Para la Sala Plena, el fundamento material de esta condición fue el siguiente: “31.3. Desde esta óptica, es cuestionable que las vinculaciones precarias tengan un papel decisivo para establecer, con fundamento exclusivo en ella, la cuantía de la mesada pensional. Ello materialmente socava la sostenibilidad del sistema pensional y lo hace disfuncional. Admite situaciones en las cuales la prestación pensional, en su cuantía y en virtud de esas vinculaciones precarias, se torna incompatible con la historia laboral del pensionado. En ese escenario, los fondos pensionales se ven forzados a subsidiar mensualmente mesadas pensionales de personas sobre las que es difícil predicar una vulnerabilidad económica, con lo cual se subvierte el fin que inspira el principio de solidaridad. Conferir a una vinculación precaria la vocación para cambiar una historia de cotización, en virtud de un nombramiento temporal, impactaría en forma desproporcionada los derechos de las generaciones futuras a tener un sistema de pensiones estable y sostenible”.

⁶⁸ Con relación a este aspecto, señaló la Sala Plena: “Como consecuencia de lo anterior, la Sala considera que una vinculación precaria con el Estado, depende de dos factores. El primero, del nivel de estabilidad que ofrece el vínculo entre el funcionario y el cargo de mayor jerarquía y remuneración desempeñado. Toda vez que puede predicarse fuerte para los nombramientos en propiedad por concurso de méritos y débil en lo que atañe a los encargos, las provisionalidades y las propiedades de libre nombramiento y remoción, de las que puede surgir una vinculación precaria de las funciones temporalmente ejercidas y nunca de los cargos a los que llega el funcionario como consecuencia de un nombramiento efectuado por el derecho que otorga una lista de elegibles. De este modo, el carácter exiguo del vínculo (segundo factor), solo puede impactar a los nombramientos de libre nombramiento y remoción, en provisionalidad y aquellos hechos en encargo, que cobran relevancia para determinar la cuantía de la mesada pensional”.

⁶⁹ Proferida por la Corte Constitucional, Expediente T-5.161.230.

El artículo 36 de la Ley 100 de 1993 consagra un régimen de transición con el fin de salvaguardar las expectativas legítimas que pudieran verse afectadas con la creación del sistema general de seguridad social. Dicho beneficio consiste en la aplicación ultractiva de los regímenes a los que se encontraba afiliado el petitionario, pero solo en lo relacionado con los requisitos de edad, tiempo de servicios o cotizaciones y tasa de reemplazo, excluyendo el ingreso base de liquidación. Lo anterior, evita que se reconozcan pensiones con abuso del derecho, en especial, con fundamento en vinculaciones precarias derivadas de encargos que buscan distorsionar la relación entre el monto de cotización y el monto de la pensión.

77. En vista de lo anterior, la jurisprudencia constitucional, determina con claridad, que será abuso del derecho en materia pensional, se presenta cuando en el ejercicio de un derecho subjetivo se desbordan los límites que el ordenamiento le impone a este, con independencia de que con ello ocurra un daño a terceros, y tal es el caso de las prestaciones pensionales liquidadas en cumplimiento de una disposición de que permite sacar ventajas en la liquidación de la pensión, cuya cuantía no refleja la vida laboral del interesado, como es el caso, de quien a través de una vinculación precaria, obtiene una cuantía mayor en su pensión, de tal forma que es desproporcionada con toda su vida laboral.

78. Así mismo, las sentencias que sirvieron de fundamento al *a quo* para decretar la medida cautelar en cuestión, lo que hicieron fue interpretar las disposiciones relacionadas con el régimen pensional aplicable a la demanda.

4.2.4. ANÁLISIS DEL CASO CONCRETO.

79. Estando claro, que no hay falta de competencia del *a quo* al proferir el auto apelado, ni que existió prejuzgamiento en la decisión de la medida cautelar, ña sala procede a resolver el asunto puesto en consideración en sede de apelación por la parte demandada así:

80. Como viene expuesto, en el presente caso, a través de auto de ponente de 2 de mayo de 2018⁷⁰, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección E, decretó la suspensión provisional de los efectos de las Resoluciones AMB 01704 de 21 de enero de 2009, PAP 08860 de 12 de agosto de 2010, PAP 031392 de 28 de diciembre de 2010 y PAP 057730 de 16 de junio de 2011, expedidas por CAJANAL, en lo que respecta a la diferencia entre la mesada reconocida a la señora Liliana Velasco Mosquera por los emolumentos percibidos como Juez Municipal, y el aumento que se generó por lo devengado como Magistrada Auxiliar del Consejo de Estado, cargo este que ejerció durante 1 mes y 15 días en el último año de servicio, con lo cual su pensión se reliquidó en cumplimiento de lo preceptuado en el artículo 6º del Decreto 546 de 1971⁷¹ que a pesar de haberse reliquidada su pensión de vejez en cumplimiento de tres fallos de tutela.

81. Recuerda la Sala, que para adoptar la medida cautelar descrita, el *a quo* argumentó, que la pensión de la señora Liliana Velasco Mosquera, fue reliquidada con abuso del derecho y/o fraude a la ley, pues existió un aprovechamiento de la interpretación del artículo 6º del Decreto 546 de 1971⁷², que dice:

Artículo 6º. Los funcionarios y empleados a que se refiere este Decreto, tendrán derecho, al llegar a los 55 años de edad, si son hombres y de 50, si son mujeres, y

⁷⁰ Folios 41 a 46 del cuaderno de medidas cautelares.

⁷¹ Por el cual se establece el régimen de seguridad y protección social de los funcionarios y empleados de la Rama Jurisdiccional, del Ministerio Público y de sus familiares.

⁷² Ib.

cumplir 30 años de servicio continuos o discontinuos, anteriores o posteriores a la vigencia de este Decreto, de los cuales 10 hayan sido exclusivamente a la Rama Jurisdiccional o al Ministerio Publico, o ambas actividades, a una pensión ordinaria vitalicia de jubilación equivalente al 75% de la asignación mensual más elevada que hubiere devengado en el último año de servicio en las actividades citadas.

82. En otras palabras, para el *a quo*, a pesar de que la señora Liliana Velasco Mosquera cumplió los requisitos para pensionarse con el régimen descrito en la disposición citada en precedencia, sostiene que ésta debe ser suspendida hasta tanto se resuelva el fondo del litigio, pues considera que la pensión de vejez en cuestión, se reliquidó con abuso del derecho y fraude a la ley, concretamente, con el aparte que dice que ésta será liquidada con el 75% de la asignación mensual más elevada que hubiere devengado en el último año de servicio.

83. Lo anterior, porque el salario más elevado que devengó la demandada durante el último año de servicio, obedeció a una vinculación precaria, fugaz, que no guarda relación con su vida laboral, ya que dicho empleo lo ejerció durante 1 mes y 15 días (del 1º de diciembre al 15 de enero de 2008), y el restante, 30 años y 3 meses, como Juez Municipal (desde el 1º de septiembre de 1977 al 30 de noviembre de 2007), lo que demuestra la diferenciación evidente entre lo aportado en ambos cargos, pues la pensión pasó de \$2.503.174,11 a \$10.993.608,68 afectando el sostenimiento fiscal del sistema pensional, y obliga al Estado a soportar un subsidio muy alto para sufragar la pensión aludida, pues sin dudas, se ha producido una objetiva desproporción y falta de razonabilidad en la reliquidación.

84. Lo anterior, atendiendo a la interpretación realizada por la Corte Constitucional del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 frente al IBL en el régimen de transición, y el Acto Legislativo 01 de 2005, en las sentencias C-258 de 2013, SU-427 de 11 de agosto de 2016, SU -395 de 22 de junio de 2017 y SU -631 de 12 de octubre de 2017, en las que definió lo que se debe entender por abuso del derecho y fraude a la ley en el reconocimiento o reliquidación de un derecho pensional.

85. Estando claro lo anterior, es importante tener presente, que de acuerdo con el artículo 103 de la Ley 1437 de 2011⁷³ los procesos que se adelanten ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, incluido el trámite de las medidas cautelares, tienen por objeto la efectividad de los derechos reconocidos en la Constitución Política y la ley y la preservación del orden jurídico, siendo así, la Sala estima que la medida cautelar decretada en principio no sería necesaria, comoquiera que no hay discusión que la señora Liliana Velasco Mosquera, cumple los requisitos para ser beneficiaria del régimen pensional previsto en el Decreto 546 de 1971, por encontrarse amparada en el régimen de transición de que trata el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, tal como se desprende de las siguientes pruebas⁷⁴:

- (i) Según copia de la cédula de ciudadanía⁷⁵, nació el 11 de marzo de 1951, por lo que al 1º de abril de 1994, tenía más de 35 años de edad, y cumplió los 50 años el 11 de marzo de 2001, fecha del status pensional en vigencia de la Ley 100 de 1993, por lo que le es beneficiaria del régimen de transición.

⁷³ Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

⁷⁴ También corroborada con las Resoluciones AMB 01704 de 21 de enero de 2009 (ff. 124-125), PAP 08860 de 12 de agosto de 2010 (ff. 177-178), PAP 031392 de 28 de diciembre de 2010 (ff.189-191) y PAP 057730 de 16 de junio de 2011 (ff. 205-206) del cuaderno 2.

⁷⁵ Visible a folio 371 del cuaderno 2.

- (ii) Laboró como funcionaria de la Rama Judicial por más de 30 años, desde el 1º de septiembre de 1977 al 30 de noviembre de 2007 como Juez Municipal en el Distrito Judicial del Cauca, siendo Juez del Circuito entre el 10 de marzo y el 30 de mayo de 1997, según certificación expedida por la Jefe de la Oficina de Recursos Humanos de la Dirección Ejecutiva Seccional de Administración Judicial del Cauca, el 9 de enero de 2009⁷⁶.
- (iii) Cumplió 20 años de servicio el 1º de septiembre de 1997.
- (iv) Ejerció como Magistrada Auxiliar del Consejo de Estado entre el 1º de diciembre de 2007 y el 31 de enero de 2008, según Certificado expedido por la Directora Administrativa de la División de Tesorería de la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, el 21 de enero de 2008⁷⁷, siendo ésta su última vinculación laboral.

86. Teniendo en cuenta las anteriores documentales, es claro para la Sala, que la situación de la señora Liliana Velasco Mosquera, en virtud del régimen de transición comentado, y por ende su régimen pensional, es el establecido en el Decreto 546 de 1971, concretamente, a su artículo 6º, razón por la cual, corresponde al tribunal, calificar o no la pensión de vejez de la accionada al momento de dictar sentencia.

87. Ahora bien, la Sala observa que la medida cautelar decretada por el «a quo» fue valorada desde un punto de vista formal y material, en tanto procura garantizar el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia, para evitar que la administración continúe pagando una suma cuantiosa generada por una posible desproporción en la liquidación de la pensión de la señora Liliana Velasco Mosquera.

88. Siendo así, la Sala encuentra que la medida cautelar de suspensión de los efectos de las Resoluciones AMB 01704 de 21 de enero de 2009, PAP 08860 de 12 de agosto de 2010, PAP 031392 de 28 de diciembre de 2010 y PAP 057730 de 16 de junio de 2011, mediante las cuales CAJANAL reliquidó la pensión en cuestión con el salario más elevado devengado por la señora Liliana Velasco Mosquera durante el último año de servicio, es necesaria, comoquiera que se avizora una desproporción en la cuantía de la mesada respecto de toda su vida laboral, en tanto, la cuantiosa pensión se logró por el salario percibido y por los aportes realizados solamente entre el 1º de diciembre de 2007 y el 31 de enero de 2008, que de alguna forma, evidencia la falta de razonabilidad de la prestación pensional mencionada, y un posible quebrantamiento del principio de solidaridad y de sostenibilidad financiera del sistema pensional.

89. Por ello, para la Sala, resulta necesario, suspender los efectos de dichos actos administrativos, mediante los cuales se inició la posible vulneración de los principios mencionados, por el incremento posiblemente obtenido con abuso del derecho o fraude a la ley, en lo que respecta a la diferencia entre la cuantía de la pensión inicialmente reconocida con el promedio de lo devengado en el tiempo que faltaba para obtener el reconocimiento pensional, en este caso, 8 años y 6 meses, conforme a la Ley 100 de 1993 y al Decreto 1158 de 1994, tal como se determinó en la Resolución 021852 de 13 de noviembre de 2003, frente al incremento reconocido en las Resoluciones AMB 01704 de 21 de enero de 2009, PAP 08860 de 12 de agosto de 2010, PAP 031392 de 28 de diciembre de 2010 y PAP 057730 de 16 de junio de 2011, con aplicación absoluta del Decreto 546 de

⁷⁶ Visible a folio 100 del cuaderno 2.

⁷⁷ Visible a folios 99 y 118 del cuaderno 2.

1971 sin atender los criterios jurisprudenciales frente a la aplicación del régimen de transición, en lo que respecta al IBL, cuya legalidad deberá definirse en la sentencia.

90. Por lo anteriormente expuesto, se confirmará el auto de ponente de 2 de mayo de 2018, por medio del cual, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección E, decretó la suspensión provisional de los efectos de las Resoluciones AMB 01704 de 21 de enero de 2009, PAP 08860 de 12 de agosto de 2010, PAP 031392 de 28 de diciembre de 2010 y PAP 057730 de 16 de junio de 2011, expedidas por CAJANAL, y ordenó seguir pagando la pensión de vejez de la señora Liliana Velasco Mosquera, en el valor que corresponda previo a los incrementos ordenados en las resoluciones suspendidas, con el fin de proteger el derecho al mínimo vital de la pensionada.

91. En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda – Subsección B,

RESUELVE:

PRIMERO.- CONFIRMAR el auto de 2 de mayo de 2018, proferido el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección E, por medio del cual, se suspendieron provisionalmente los efectos de las Resoluciones AMB 01704 de 21 de enero de 2009, PAP 08860 de 12 de agosto de 2010, PAP 031392 de 28 de diciembre de 2010 y PAP 057730 de 16 de junio de 2011, expedidas por CAJANAL, conforme las razones esgrimidas en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO. Por Secretaría de la Sección Segunda de esta Corporación, devolver el expediente de la referencia al Tribunal de origen.

Notifíquese, publíquese y cúmplase.

La anterior providencia fue considerada y aprobada en la Sesión de la fecha.

SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ

CÉSAR PALOMINO CORTÉS

CARMELO PERDOMO CUÉTER