

## **ACCIÓN DE TUTELA – Finalidad / MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO – Finalidad**

La finalidad de la acción de tutela, como se infiere del artículo 86 de la Carta Política y de lo que ha predicado la jurisprudencia constitucional, es garantizar una protección efectiva, actual y expedita frente a la trasgresión o amenaza inminente de un derecho fundamental; mientras que el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho persigue, a través de su declaración, la protección de derechos de origen legal y la restauración del derecho o reparación del daño, a través de una condena, cuando dicha garantía superior, amparada por una norma jurídica, ha sido vulnerada; es decir, que son dos acciones diferentes: la una constitucional y la otra legal.

**NOTA DE RELATORÍA:** Sobre la procedencia del control judicial del acto administrativo proferido en cumplimiento del fallo de tutela ver: Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, sentencia de 25 de octubre de 2011, radicación 11001-03-15-000-2011-01385-00 (AC) y auto de 17 de abril de 2013, radicación 25000-23-25-000-2010-01143-01 , C.P.: Alfonso Vargas Rincón

## **PENSIÓN ESPECIAL DE JUBILACIÓN DE LA RAMA JUDICIAL – Regulación normativa**

Las pensiones que gozan de un régimen especial no se rigen por las disposiciones previstas en las Leyes 33 y 62 de 1985, y, desde luego, menos aún por la Ley 100 de 1993; por lo tanto, la pensión de jubilación reconocida a los servidores de la Rama Jurisdiccional y a los del Ministerio Público, bajo los requisitos del Decreto 546 de 1971, no les es aplicable dicha normativa.

## **PENSIÓN ESPECIAL DE JUBILACIÓN DE LA RAMA JUDICIAL – Requisitos / LIQUIDACIÓN DE LA PENSIÓN ESPECIAL DE JUBILACIÓN DE LA RAMA JUDICIAL – 75 por ciento de la asignación básica más elevada del último año**

El artículo 6 del citado Decreto 546 dispone que los funcionarios y empleados a que este se refiere, tendrían derecho al llegar a 55 años de edad, si son hombres y 50 si son mujeres, y cumplir 20 años de servicios continuos o discontinuos, anteriores o posteriores a la vigencia del mismo, de los cuales por lo menos diez (10) lo hayan sido exclusivamente a la rama jurisdiccional o al Ministerio Público o a ambas actividades, a una pensión ordinaria vitalicia de jubilación equivalente al 75% de la asignación básica mensual más elevada que hubiere devengado en el último año de servicio.

**FUENTE FORMAL : DECRETO 546 DE 1971- ARTÍCULO 6**

## **LEGITIMACIÓN DEL RECONOCIMIENTO PENSIONAL EN LA RAMA JUDICIAL - Valoración de la vinculación laboral / VINCULACIÓN PRECARIA- Efectos / ABUSO DEL DERECHO – Configuración / PRINCIPIO DE SOLIDARIDAD DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN PENSIONES- Vulneración / VINCULACIÓN PRECARIA DE MAGISTRADO AUXILIAR DE LA SALA JURISDICCIONAL DISCIPLINARIA DEL CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA- Desempeño del cargo por 2 meses antes del retiro del servicio / INGRESO BASE DE LIQUIDACIÓN DE LA PENSIÓN DE JUBILACIÓN EN LA RAMA JUDICIAL – No aplicación del régimen especial**

Para efectos de determinar la legitimidad del reconocimiento pensional en virtud de

un régimen especial, anterior a la entrada en vigor de la Ley 100 de 1993, como es el de la Rama Judicial, previsto en el Decreto 546 de 1971, se debe valorar la vinculación laboral del interesado con el Estado, en la medida en que esta sea relevante para obtener un mayor beneficio de dicho régimen pensional, como lo es un incremento elevado en la base de liquidación, al haber obtenido una vinculación laboral en un empleo público con una remuneración cuantiosa respecto de las que recibió a lo largo de su historia laboral con el Estado, que implique igualmente un aumento considerable en el monto pensional. Por consiguiente, como quiera que el régimen contemplado en el citado Decreto 546 de 1971, al establecer que el monto pensional equivale al 75% de la asignación mensual más elevada que hubiere devengado en el último año de servicios, claramente establece un beneficio notable en relación con el régimen pensional general preceptuado en la Ley 33 de 1985, debe examinarse la trayectoria laboral del funcionario o empleado judicial con el propósito de determinar que no hubiese tenido una vinculación precaria en un empleo que le representara un incremento notable en su remuneración, que repercutiera posteriormente en una mesada pensional elevada. De ser así se estaría ante un abuso del derecho, puesto que el trabajador se lucraría de manera excesiva del beneficio de la norma especial, en contravía del principio de solidaridad del sistema de seguridad social en pensiones.(...) en el caso del demandado se hace evidente el abuso del derecho, al haber tenido una vinculación laboral precaria como magistrado auxiliar de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura [desempeño del cargo los últimos dos meses de prestación del servicio], que sirvió para incrementar su monto pensional, por lo que, en atención a aquella situación, que resulta a todas luces contraria, se insiste, al principio de solidaridad del sistema de seguridad social en pensiones, la UGPP deberá reliquidar la pensión de jubilación del accionado con fundamento en el inciso 3° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que preceptúa que el ingreso base para liquidar la pensión de vejez o jubilación de las personas beneficiarias del régimen de transición «[...] *que les faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho, será el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciere falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si este fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precios al consumidor, según certificación que expida el DANE*», conforme al criterio fijado por la Corte Constitucional, en casos iguales al presente, en la sentencia SU-631 de 2017.

**NOTA DE RELATORÍA :** Sobre la vinculación precaria y abuso del derecho ver: Corte Constitucional, sentencias SU-427 de 2016, SU-631 de 2017.

**FUENTE FORMAL:** LEY 33 DE 1985 – ARTÍCULO 1 / DECRETO 546 DE 1971 – ARTÍCULO 6 / DECRETO 717 DE 1978 – ARTÍCULO 12 / LEY 100 DE 1993-ARTÍCULO 36 / LEY 1564 DE 2012 – ARTÍCULO 134 / LEY 1564 DE 2012 – ARTÍCULO 365 /

### **DEVOLUCIÓN DE SUMAS PAGADAS IRREGULARMENTE / MALA FE – Prueba**

En lo concerniente a que se ordene al accionado pagar las diferencias en las mesadas pensionales a que hubiera lugar, cabe precisar que al tenor del artículo 83 de la Constitución Política, la buena fe se presume en todas las gestiones que los particulares adelanten ante las autoridades públicas, por ende, en lo que se refiere al reintegro de los valores recibidos de más por él, la Sala negará dicha pretensión, pues en el proceso no se encuentra acreditada la mala fe con que actuó para obtener la reliquidación pensional con base en la asignación más elevada devengada durante el último año de servicios, ya que no existe prueba orientada a demostrar fraude, maniobras o actos ilícitos tendientes a lograr ese

reajuste, máxime cuando (i) no se tiene certeza acerca de las circunstancias que rodearon su nombramiento y renuncia respecto del empleo de magistrado auxiliar y (ii) en la contestación de la demanda afirmó que su dimisión obedeció a motivos de salud como consecuencia del estrés laboral, para lo cual aportó parte de su historia clínica, en la que se refleja que el 8 y 22 de mayo de 2010, fechas para las cuales desempeñaba dicho cargo, se le presentaron problemas de cefalea debida a tensión alta y estado migrañoso. En tal sentido, debe darse aplicación al numeral 1, letra c, del artículo 164 del CPACA, toda vez que « [...] *no habrá lugar a recuperar las prestaciones pagadas a particulares de buena fe*».

**FUENTE FORMAL :** CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 83 / C.P.C. A – ARTÍCULO 164

### **CONDENA EN COSTAS – Criterio subjetivo**

Esta Sala considera que el artículo 365 del CGP, por remisión del 188 del CPACA, deja a disposición del juez la procedencia o no de la condena en costas, ya que para ello debe examinar la actuación procesal de la parte vencida y comprobar su causación y no el simple hecho de que las resultas del proceso le fueron desfavorables a sus intereses, pues dicha imposición surge después de tener certeza de que la conducta desplegada por aquella comporta temeridad o mala fe, por lo que, al no predicarse tal proceder de la parte demandada, no se impondrá condena en costas.

**NOTA DE RELATORÍA:** Sobre la condena en costas y las agencias en derecho ver: Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia de 1 de diciembre de 2016, rad.: 1908-14, C.P. Carmelo Perdomo Cuéter

**FUENTE FORMAL :** CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO- ARTÍCULO 365 / C.P.A.C.A – ARTÍCULO 188

## **CONSEJO DE ESTADO**

### **SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

#### **SECCIÓN SEGUNDA**

#### **SUBSECCIÓN B**

**Consejero ponente: CARMELO PERDOMO CUETER**

Bogotá D.C., veintiséis (26) de julio de dos mil dieciocho (2018).

**Radicación número: 73001-23-33-000-2013-00703-01(0204-15)**

**Actor: Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP)**

**Demandado: ELÍAS CABRERA DUCUARA**

Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho

Tema: Reconocimiento pensión de jubilación de expleado de la Rama Judicial; abuso del derecho

Procede la Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante (ff. 478 a 485 c. ppal.) contra la sentencia de 24 de octubre 2014 proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima<sup>1</sup>, mediante la cual negó las súplicas de la demanda dentro del proceso del epígrafe.

## I. ANTECEDENTES

**1.1 Medio de control** (ff. 270 a 299 c. ppal.). La Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP), por intermedio de apoderado, ocurre ante la jurisdicción de lo contencioso-administrativo a incoar medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho conforme al artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA), contra el señor Elías Cabrera Ducuara, para que se acojan las pretensiones que en el apartado siguiente se precisan.

**1.2 Pretensiones.** Se declare la nulidad de «*Resoluciones Nos. UGMO034981 del 24 de febrero de 2012 y UGNO48698 del 01 de Junio de 2012, emanadas de la Caja Nacional de Previsión Social EICE, y por las cuales, acatando lo ordenado por la sentencia de tutela proferida el 12 de Marzo de 2007 por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Ibagué, se reliquidó una pensión de vejez al señor ELÍAS CABRERA DUCUARA, sin apego a los principios constitucionales de sostenibilidad financiera del Sistema de Seguridad Social, proporcionalidad entre lo cotizado y lo realmente devengado, y con abuso del derecho, contraviniendo gravemente jurídico y el orden económico*».

Como consecuencia de lo anterior, a título de restablecimiento del derecho, se ordene la reliquidación de dicha prestación y el reintegro de todas las sumas de dinero canceladas con ocasión de los actos administrativos demandados, debidamente indexadas.

**1.3 Fundamentos fácticos.** Relata la actora que con Resoluciones 19544 de 28 de abril y 9789 de 31 de octubre de 2006, le reconoció al demandado pensión de jubilación conforme al «[...] *inciso 3º del Artículo [sic] 36 de la ley 100 de 1993 y los factores salariales que predica el Decreto 1158 de 1994*».

Que «*Mediante sentencia de tutela del 12 de marzo de 2007 del Juzgado Primero Laboral del Circuito de Ibagué, ordenó reliquidar la pensión en los términos de la ley especial por ser funcionario de la Rama Judicial*».

Dice que a través de Resoluciones UGMO34981 de 24 de febrero y UGM048698 de 1 de junio de 2012, reliquidó la mencionada prestación «[...] *conforme lo preceptúa la ley 546 de 1971 y en aplicación a lo ordenado por la Circular 054 de 2010 [...]*», efectiva a partir del 1º de julio de 2010.

---

<sup>1</sup> Folios 478 a 485 c. ppal.

Que «Al revisar el expediente administrativo se pudo establecer que el demandado prestó sus servicios en el último año en el lapso que comprende desde el 01 de julio de 2009 al 30 de junio de 2010 como Juez 3ro Civil del Circuito de Ibagué, con excepción del periodo del 31 de Marzo de 2010 al 31 de Mayo de 2010, en el cual se desempeñó como magistrado auxiliar» (sic)

Aduce que «[...] se colige que el demandado laboró 11.197 días para la Rama Judicial en cargos de inferior categoría al de Magistrado, y que solo durante 61 días previos a su retiro, fungió en el cargo de Magistrado Auxiliar del Consejo Superior de la Judicatura».

**1.4 Disposiciones presuntamente violadas y su concepto.** Cita como normas violadas por los actos administrativos demandados los artículos 13 y 48 de la Constitución Política; 6 del Decreto 546 de 1971; y el acto legislativo 1 de 2005.

Aduce que «El detalle más escandaloso es que un juez que se gana cuatro millones de pesos, si logra que le den la dichosa 'palomita' de magistrado auxiliar, así sea solo durante un mes, como por arte de magia consigue que su pensión se multiplique y llegue a ser calculada sobre un salario de entre 14 y 17 millones de pesos. La mesada, que es el equivalente al 75 por ciento, le llegará de 10,5 a 12,75 millones de pesos».

Que según la revista Semana, «[...] en el Palacio de Justicia todos saben que algo se está pudriendo por dentro. Varios funcionarios de la rama le dijeron a esta revista que la situación es crítica y que hay algo muy preocupante detrás de este carrusel de 'palomitas'».

**1.5 Contestación de la demanda** (ff. 141 a 155 c. ppal.). El accionado, a través de apoderada, se opuso a la prosperidad de las pretensiones y se refirió a los hechos de la demanda, en el sentido de que algunos son ciertos y otros no constituyen situaciones fácticas.

Asevera que «El acto de nombramiento, posesión y el ejercicio de las funciones del cargo magistrado auxiliar del Consejo Superior de la Judicatura por parte del doctor ELÍAS CABRERA DUCUARA están debidamente probados, sin que hasta ahora se hayan desconocido ni anulados por autoridad alguna siendo por tanto de obligatorio cumplimiento e ineludible aceptación».

Que «No sobra agregar, como elemento adicional, sin ser esencial para el sostenimiento de la legalidad de los actos demandados, que la renuncia del doctor Elías Cabrera al cargo de Magistrado Auxiliar del Consejo Superior de la Judicatura, obedeció a que por el exceso de carga laboral y el stress que esto le originó en el desempeño de éste [sic] cargo, le sobrevino hipertensión arterial, tal como lo acredita la historia clínica que se anexa, enfermedad que antes no presentaba y que consideró la podía atender en mejores condiciones con su esposa y familia en la ciudad de Ibagué».

Arguye que además al accionado no se le puede aplicar el acto legislativo 1 de

2005, comoquiera que él adquirió el estatus pensional con anterioridad a dicha reforma constitucional.

**1.6 La providencia apelada** (ff. 478 a 485 c. ppal.). El Tribunal Administrativo del Tolima, en sentencia de 24 de octubre 2014, negó las súplicas de la demanda, con condena en costas, al considerar que el accionado colmó los requisitos necesarios para hacerse acreedor de la pensión de jubilación en condición de servidor de la Rama Judicial. Asimismo, no se encuentra demostrado el abuso del derecho, alegado por la demandante, en la medida en que la reliquidación pensional ordenada por el juez de tutela se ajusta al ordenamiento jurídico.

**1.7 El recurso de apelación** (ff. 478 a 485 c. ppal.). Inconforme con la anterior sentencia, la demandante, a través de apoderado, interpuso recurso de apelación, al estimar que «[...] *aun cuando el demandado tiene derecho a que su pensión sea liquidada bajo los preceptos del derecho 456 de 1971 teniendo en cuenta la asignación mensual más elevada que hubiese devengado en el último año, para el caso esto resulta violatorio a los preceptos constitucionales en especial el artículo 48 de la constitución política, teniendo en cuenta que el demandado en el último año de sus 33 años de vida laboral, curiosamente fue asignado al cargo de Magistrado Auxiliar del Consejo Superior de la Judicatura donde laboro por un periodo de 2 años, motivo por el cual la base de liquidación de la mesada pensional obedeciendo a un fallo de tutela se realizó teniendo en cuenta lo devengado bajo el cargo de Magistrado Auxiliar, lo cual no resulta proporcional en relación con las cotizaciones realizadas durante el 99.46 % de su vida laboral bajo el cargo de Juez de la república, causando así una grave afectación [a las] arcas del estado en especial a la sostenibilidad financiera del sistema pensional*» (sic para toda la cita).

## II. TRÁMITE PROCESAL.

El recurso de apelación fue concedido mediante proveído de 14 de noviembre de 2014 (f. 486 c. ppal.) y admitido por esta Corporación a través de auto de 4 de febrero de 2015 (f. 491 c. ppal.), en el que se dispuso la notificación personal al agente del Ministerio Público y a las otras partes por estado, en cumplimiento de los artículos 198 (numeral 3) y 201 del CPACA.

**2.1 Alegatos de conclusión.** Admitido el recurso de apelación, se continuó con el trámite regular del proceso en el sentido de correr traslado a las partes y al Ministerio Público, con auto de 16 de julio de 2015 (f. 499 c. ppal.), para que aquellas alegaran de conclusión y este conceptuara.

**2.1.1 Entidad accionante** (ff. 531 a 546 c. ppal.). La UGPP, por intermedio de apoderada, insiste en que el accionante laboró solo 2 meses como magistrado auxiliar, pese a haber trabajado la mayoría del tiempo como juez, condición en la que consolidó su estatus pensional en virtud del régimen especial de los funcionarios de la Rama Judicial.

**2.1.2 Parte accionada** (ff. 547 a 558 c. ppal.). El demandado, mediante

apoderado, reitera lo expuesto en su escrito de contestación de la demanda.

**2.1.3 Ministerio Público** (ff. 575 a 580 vuelto c. ppal.). La señora procuradora segunda delegada ante el Consejo de Estado, quien funge como representante del Ministerio Público, es del criterio que se debe confirmar la sentencia que negó las pretensiones de la demanda, por cuanto «[...] *en el presente caso se puede observar que el demandado no se encuentra en ninguno de los presupuestos para limitar su pensión conforme lo estable el acto legislativo [1 de 2005]*» (sic), pues «*En efecto, acredita contar con más de 750 semanas o 15 años de servicios antes de la vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005 (25 de julio de 2005), ni se encuentra sometido al tope de los 25 SMLMV, por el hecho que causó el derecho antes del 31 de julio de 2010 (19 de febrero de 2005)*» (sic); por lo tanto, la pensión de jubilación del accionante se ajusta a lo normado en el Decreto 546 de 1971.

Que «[...] *si bien es reprochable que por solo 60 días laborados por el demandado como Magistrado Auxiliar de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, se haya aumentado su mesada pensional, no por ello se puede prescindir de los efectos del régimen en el que se encuentra, el cual permite que la misma se determine con el “75% de la asignación mensual más elevada que hubiere devengado en el último año de servicio”*; máxime cuando «[...] *efectivamente en los actos acusados, se ordenó descontar de las mesadas atrasadas y de las que se causaran con posterioridad, si había lugar a ello, los factores que no fueron objeto de aportes con su actualización, aspecto que implica que se realizaron los debidos ajustes con el fin de financiar la pensión del demandado, conforme los propósitos del principio de sostenibilidad que introdujo el Acto Legislativo 01 de 2005*».

Por último, pide que se revoque la condena en costas impuestas a la entidad demandante.

### III. CONSIDERACIONES.

**3.1 Competencia.** Conforme a la preceptiva del artículo 150 del CPACA a esta Corporación le corresponde conocer del presente litigio, en segunda instancia.

**3.2 Problema jurídico.** De acuerdo con el recurso de apelación<sup>2</sup>, corresponde en esta oportunidad a la Sala determinar si la reliquidación de la pensión de jubilación del demandado conforme al artículo 6.º del Decreto 546 de 1971, efectuada en cumplimiento de un fallo de tutela, fue obtenida con abuso del derecho, comoquiera que durante el último año de servicios ejerció el empleo de magistrado auxiliar solo por dos meses.

**3.3 Marco normativo.** En punto a la resolución del problema jurídico planteado en

---

<sup>2</sup> Según el artículo 328 del Código General del Proceso, «El juez de segunda instancia deberá pronunciarse solamente sobre los argumentos expuestos por el apelante, sin perjuicio de las decisiones que deba adoptar de oficio, en los casos previstos por la ley»; asimismo, «El juez no podrá hacer más desfavorable la situación del apelante único, salvo que en razón de la modificación fuera indispensable reformar puntos íntimamente relacionados con ella».

precedencia, procede la Sala a realizar el correspondiente análisis normativo y jurisprudencial a efectos de establecer la solución jurídicamente correcta respecto del caso concreto.

Se ha sostenido en algunos pronunciamientos judiciales que el acto administrativo dictado en cumplimiento de un fallo de tutela no es de carácter definitivo, sino de ejecución, y, por ende, no es susceptible de control jurisdiccional, puesto que no crea o modifica una situación particular diferente a la analizada por el juez de tutela; este solo se limita a cumplir las órdenes impartidas en dicha decisión. Sin embargo, esta Corporación ha afirmado de manera categórica que *«si bien la resolución en cuestión tiene la connotación de acto de ejecución, al ser cumplimiento de una sentencia, lo cierto es que la orden fue impartida dentro de una acción de tutela que es de naturaleza distinta a la de la acción ordinaria, motivo por el cual es probable su estudio a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho»*<sup>3</sup>.

En efecto, la finalidad de la acción de tutela, como se infiere del artículo 86 de la Carta Política y de lo que ha predicado la jurisprudencia constitucional, es garantizar una protección efectiva, actual y expedita frente a la trasgresión o amenaza inminente de un derecho fundamental; mientras que el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho persigue, a través de su declaración, la protección de derechos de origen legal y la restauración del derecho o reparación del daño, a través de una condena, cuando dicha garantía superior, amparada por una norma jurídica, ha sido vulnerada; es decir, que son dos acciones diferentes: la una constitucional y la otra legal.

Y en esa línea de pensamiento, cuando el juez de tutela, en su competencia constitucional, ordena la expedición de un acto administrativo, este es susceptible de control de legalidad, pues el argumento que se sustenta en que *«el acto administrativo que expresa la eficacia de una decisión judicial y que por consiguiente no resulta susceptible de control ordinario, porque ello supondría de forma indirecta, oficiar como criterio de corrección de la decisión judicial en firme, representa un argumento cuya justificación es equívoca en razón a que tal postura, además de sustraer una decisión de la administración del control de su juez natural, por vía de interpretación, establece un criterio inconstitucional, es decir, una restricción no prevista por el constituyente a las competencias de la justicia de lo contencioso administrativo, lo cual acarrea evidente lesión al orden jurídico, y supone desde luego, un error conceptual inaceptable dentro del marco de la teoría general del acto administrativo»*<sup>4</sup>.

Así las cosas, se procede a efectuar el análisis de las normas que regulan las pensiones de los servidores de la Rama Judicial. Lo primero que ha de anotarse es que la Ley 100 de 1993, *«Por la cual se crea el sistema de seguridad social*

---

<sup>3</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, sección segunda, subsección A, sentencia de 25 de octubre de 2011, expediente: 11001-03-15-000-2011-01385-00 (AC), consejero ponente: Alfonso Vargas Rincón.

<sup>4</sup> Consejo de Estado, sección segunda, subsección A, auto de 17 de abril de 2013, medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho instaurado por la Caja Nacional de Previsión Social en Liquidación contra Judith Giraldo González, radicado, consejero ponente: Alfonso Vargas Rincón.

*integral y se dictan otras disposiciones*», fue expedida por el Congreso de la República con el fin, entre otros, de unificar la normativa en cuanto a la diversidad de regímenes pensionales especiales existentes.

No obstante y con el objetivo de evitar menoscabar derechos a personas que se encontraban próximas a ser pensionadas o tuviesen cierto tiempo de servicio, se previó el régimen de transición, consagrado en el artículo 36 de la referida Ley 100 de 1993.

En efecto, en dicha norma se dispuso que las personas que en el momento de entrar en vigor el sistema de seguridad social integral (1.º de abril de 1994) contaran con treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres, o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, o quince (15) o más años de servicios cotizados, se les reconocerá la pensión de jubilación de conformidad con el régimen anterior al cual se encontraban afiliadas, es decir, la pensión de jubilación respecto de la edad, tiempo de servicio y monto se les aplicará el régimen anterior.

La Sala ha sostenido en múltiples oportunidades que las pensiones que gozan de un régimen especial no se rigen por las disposiciones previstas en las Leyes 33 y 62 de 1985, y, desde luego, menos aún por la Ley 100 de 1993; por lo tanto, la pensión de jubilación reconocida a los servidores de la Rama Jurisdiccional y a los del Ministerio Público, bajo los requisitos del Decreto 546 de 1971, no les es aplicable dicha normativa. Así se encuentra consignado en el artículo inicial de la Ley 33 de 1985, cuyo texto, en lo pertinente, dispone:

ARTÍCULO 1.- El empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco años (55), tendrá derecho a que por la respectiva Caja de Previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio.

No quedan sujetos a esta regla general los empleados oficiales que trabajan en actividades que por su naturaleza justifiquen la excepción que la ley haya determinado expresamente, ni aquellos que por ley disfruten de un régimen especial de pensiones.

Por su parte, el artículo 6.º del Decreto 546 de 1971, *«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»*, establece:

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 cumplir 20 años de servicio continuos o discontinuos, anteriores o posteriores a la vigencia de este Decreto, de los cuales por lo menos 10 lo hayan sido exclusivamente a la Rama Jurisdiccional o al Ministerio Público, o a 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.

Respecto de cuáles son los factores salariales a que tienen derecho los

empleados de la Rama Judicial y del Ministerio Público, el artículo 12 del Decreto 717 de 1978<sup>5</sup> previó:

Además de la asignación básica mensual fijada por la ley para cada empleo, constituyen factores de salario todas las sumas que habitual y periódicamente reciba el funcionario y empleado como retribución por sus servicios.

Son factores de salario:

- a) Los gastos de representación
- b) La prima de antigüedad
- c) El auxilio de transporte
- d) La prima de capacitación
- e) La prima ascensional
- f) La prima semestral, y
- g) Los viáticos percibidos por los funcionarios y empleados en comisión en desarrollo de comisiones de servicio.

La norma anterior, además de consagrar algunos factores salariales de los empleados de la Rama Judicial y del Ministerio Público, señala que constituye salario todas las sumas que habitual y periódicamente reciba el funcionario o empleado como retribución por sus servicios, lo que significa que la lista de factores que se enumera es enunciativa y no taxativa.

**3.4 Caso concreto.** El material probatorio traído al plenario da cuenta de la situación respecto de los hechos a los cuales se refiere la presente demanda, en tal virtud, se destaca:

- a) Partida de bautismo del accionado (f. 9 c. ppal.), según la cual nació el 13 de enero de 1947.
- b) Certificación del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, que da cuenta de que el demandado laboró en la Rama Judicial así: (i) como juez civil municipal del 1° de septiembre de 1979 al 15 de julio de 1982, desde el 26 de agosto de 1982 hasta el 7 de agosto de 1983, del 29 de septiembre de 1983 al 31 de octubre de 1987 y desde el 28 de mayo hasta el 15 de julio de 1988; (ii) en calidad de juez promiscuo de menores de El Espinal desde el 1° de noviembre de 1987 hasta el 27 de mayo de 1988; y (iii) en condición de juez civil de circuito del 16 de julio al 25 de agosto de 1982, del 8 de agosto al 28 de septiembre de 1983, desde el 16 de julio de 1988 hasta el 30 de marzo de 2010 y del 1° al 30 de junio de 2010; es decir, durante más de 30 años (f. 76 y 77 c. ppal.).
- c) Constancia de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, de acuerdo con la cual el demandado laboró como magistrado auxiliar, destacado ante el despacho a cargo del magistrado Henry Villarraga Oliveros, entre el 31 de marzo y el 31 de mayo de 2010 (f. 78 c. ppal.).

---

<sup>5</sup> «Por el cual se establece el sistema de nomenclatura y clasificación de cargos para los funcionarios y empleados de la Rama Jurisdiccional y del Ministerio Público, se fija la escala de remuneración correspondiente a dichos cargos, y se dictan otras disposiciones».

d) Resolución 19544 de 28 de abril de 2006, por medio de la cual la entonces Caja Nacional de Previsión Social le reconoció al demandado pensión de jubilación conforme al Decreto 546 de 1971, pero sobre el 75% del promedio de lo devengado durante los últimos 10 años de servicios, en cuantía de \$3'197.158,49, cuya efectividad quedó condicionada al retiro del servicio (ff. 29 a 34 c. ppal.), confirma con Resolución 9789 de 31 de octubre de 2006 (ff. 51 a 54 c. ppal.)

e) Sentencia de 12 de marzo de 2007 (ff. 178 a 186 c. ppal.), a través de la cual el Juzgado Primero (1.º) Laboral del Circuito de Ibagué accedió al amparo del derecho al debido proceso del aquí accionado y ordenó reliquidar su pensión de jubilación en los términos del Decreto 546 de 1971.

f) Resolución UGM 34981 de 24 de febrero de 2012 (ff. 230 a 234 c. ppal.), con la cual la UGPP reajusta la pensión de jubilación del accionado, a partir del 1º de junio de 2010, en un monto de \$12'323.748, con el 75% del ingreso base de liquidación conformado por la asignación mensual más elevada devengada durante el último año de servicios (1º de junio de 2009 a 31 de mayo de 2010); asimismo, ordena descontar de las mesadas las sumas correspondientes a los aportes no efectuados sobre los factores de salario incluidos en la liquidación pensional al demandado y a la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial.

g) Resolución UGM 48698 de 1º de junio de 2012 (ff. 240 a 242 c. ppal.), con la que la UGPP modifica el acto administrativo relacionado en la letra anterior, en el sentido de la efectividad de la pensión de jubilación del demandado es desde el 1º de julio de 2010.

h) Historia clínica del demandado (ff. 358 a 409 c. ppal.).

Con el ánimo de desatar la cuestión litigiosa, lo primero que ha de advertirse es que el accionado se encuentra amparado por el régimen especial consagrado en el Decreto 546 de 1971, ya que a la entrada en vigor de la Ley 100 de 1993 (1 de abril de 1994) tenía más de 40 años de edad.

Como quedó dicho, el artículo 6 del citado Decreto 546 dispone que los funcionarios y empleados a que este se refiere, tendrían derecho al llegar a 55 años de edad, si son hombres y 50 si son mujeres, y cumplir 20 años de servicios continuos o discontinuos, anteriores o posteriores a la vigencia del mismo, de los cuales por lo menos diez (10) lo hayan sido exclusivamente a la rama jurisdiccional o al Ministerio Público o a ambas actividades, a una pensión ordinaria vitalicia de jubilación equivalente al 75% de la asignación básica mensual más elevada que hubiere devengado en el último año de servicio.

En lo atañadero a la vinculación precaria del accionado en condición de magistrado auxiliar de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura (2 meses), resulta oportuno evocar el criterio jurisprudencial de la Corte Constitucional sobre el tema. En efecto, en sentencia SU-427 de 2016<sup>6</sup>, discurrió esa

---

<sup>6</sup> M. P. Luis Guillermo Guerrero Pérez

Corporación así:

[...] 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 prestación<sup>7</sup>.

6.13. Lo anterior, ocurre, por ejemplo, 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 peticionario<sup>8</sup>, 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 (...).”*

6.14. 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 los Congresistas, el encargo en el caso de Magistrados, y la provisionalidad, en los demás casos (...).”*<sup>9</sup>

6.15. En resumen, 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 peticionario, 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.

---

<sup>7</sup> Cfr. Sentencia C-258 de 2013 (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub).

<sup>8</sup> 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.

<sup>9</sup> 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.”*

Posteriormente, dicho Tribunal Constitucional, en sentencia SU-631 de 2017<sup>10</sup>, precisó los criterios para identificar eventos en los que el abuso del derecho emerge de modo palmario, como es el caso de las vinculaciones precarias que conducen a un mejoramiento en el ingreso base de liquidación pensional. Acerca del asunto, sostuvo:

(i) *De la vinculación precaria.*

31.1. En la medida en que el índice base de liquidación se refiere al periodo a tener en cuenta para establecer el promedio o el valor de lo devengado que será determinante al momento de cuantificar la prestación, en los eventos en los que se haya aplicado un IBL distinto al de la Ley 100 y consagrado en un régimen especial, cuanto más reducido sea el lapso que puede afectar la cuantía de la mesada pensional, cobra mayor relevancia el concepto de vinculación precaria. Sin embargo, como se ha anotado sus efectos pueden darse por la mera aplicación del régimen especial anterior a la Ley 100.

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<sup>11</sup>. El elemento que define la precariedad del vínculo laboral es por lo tanto su fugacidad.

En muchos casos el carácter fugaz de la relación laboral obedece a la satisfacción de un encargo o una provisionalidad (temporales por definición<sup>12</sup>) por parte de un servidor que desempeña funciones en propiedad o de un particular, para desempeñarse en un cargo de mayor jerarquía y remuneración.

La brevedad en el desempeño de las funciones de mayor remuneración puede llegar a menoscabar en casos concretos los cimientos del sistema de seguridad social, cuando propicia la consolidación de derechos pensionales con fundamento único en la remuneración percibida durante la vinculación precaria.

En este caso, el Decreto 546 de 1971 en su artículo 6° estableció que *“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 cumplir 20 años de servicio continuos o discontinuos,*

---

<sup>10</sup> M. P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

<sup>11</sup> Así lo asumió esta Corporación en recientes pronunciamientos, entre los que se destacan las sentencias C-258 de 2013 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, T-060 de 2016. M.P. Alejandro Linares Cantillo y SU-427 de 2016 M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

<sup>12</sup> Ley 270 de 1996. Artículo 132. Numeral 2. *“En provisionalidad. El nombramiento se hará en provisionalidad en caso de vacancia definitiva, hasta tanto se pueda hacer la designación por el sistema legalmente previsto, que no podrá exceder de seis meses, o en caso de vacancia temporal, cuando no se haga la designación en encargo, o la misma sea superior a un mes. // Cuando el cargo sea de Carrera, inmediatamente se produzca la vacante el nominador solicitará a la Sala Administrativa del Consejo Superior o Seccional de la Judicatura, según sea el caso, el envío de la correspondiente lista de candidatos, quienes deberán reunir los requisitos mínimos para el desempeño del cargo. // En caso de vacancia temporal en la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, la Corte Constitucional o el Consejo Superior de la Judicatura o los Tribunales, la designación se hará directamente por la respectiva Corporación.”* Numeral 3. *“En encargo. El nominador, cuando las necesidades del servicio lo exijan, podrá designar en encargo hasta por un mes, prorrogable hasta por un período igual, a funcionario o empleado que se desempeñe en propiedad. Vencido este término procederá al nombramiento en propiedad o provisionalidad según sea el caso, de conformidad con las normas respectivas.”*

*anteriores o posteriores a la vigencia de este Decreto, de los cuales por lo menos 10 lo hayan sido exclusivamente a la Rama Jurisdiccional o al Ministerio Público, o a 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”.*

Del tenor literal de esa norma se desprende que, incluso con un mes de servicio en un cargo de mayor remuneración, el empleado o el funcionario de la Rama Judicial<sup>13</sup> beneficiario de ese régimen, podría causar una pensión con apoyo en el salario devengado durante aquel corto periodo de vinculación. Lo anterior, a condición de que dicho salario sea el más alto del último año de servicios. Entonces, incluso con apenas un mes cotizado con arreglo a ese salario, tendría la posibilidad de percibir, durante el resto de su vida, una pensión con fundamento en esa mínima cotización, lo que a primera vista aparece carente de razonabilidad desde la lógica solidaria del sistema.

[...]

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.

31.4. Ahora bien, queda claro que se presentan vinculaciones precarias cuando un servidor durante la mayor parte de su vida laboral aportó con una base de cotización y luego (tal y como se presenta en los casos analizados), en el transcurso del último año de servicios, es nombrado para un cargo de mayor remuneración por un tiempo corto. Con fundamento en esa vinculación obtiene un ingreso más alto que, conforme el artículo 6° del Decreto 546 de 1971, sirve para calcular su IBL y estimar su mesada pensional que, así, no responderá a la cotización histórica efectuada.

[...]

31.5. Ahora bien, si el elemento que define la precariedad del servicio público prestado es la fugacidad, como ha quedado claro, no es admisible predicarlo en relación con el desempeño en cargos de mayor jerarquía y remuneración con origen en un concurso de méritos. El funcionario que durante el último año de servicios haya fungido en un cargo de mayor remuneración porque, al haber ocupado el primer puesto de la lista de elegibles correspondiente, tuvo

---

<sup>13</sup> También del Ministerio Público.

el derecho irrefutable de acceder a él, está beneficiado con la estabilidad en el ejercicio de sus funciones y ésta impide entender que, cualquiera que haya sido su duración, haya una vinculación precaria. La vocación de permanencia que tiene el desempeño de un cargo en propiedad, sustrae el carácter fugaz del vínculo e impedirá la configuración de una vinculación precaria.

[...]

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.

31.7. Lo anterior quiere decir que en el examen sobre el carácter palmario del abuso del derecho, sea o no identificada la aplicación ultractiva de un régimen especial en lo que atañe al índice base de liquidación, debe constatarse que, en relación con el periodo de tiempo [sic] a tener en cuenta en ese régimen –para este caso de un año- la vinculación del funcionario haya sido tan efímera que no quede duda de la incompatibilidad entre su historia laboral y la mesada liquidada.

*(ii) Del incremento excesivo en la mesada pensional*

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.

La mesada pensional debe haberse incrementado de tal forma que implica un tratamiento diferenciado para quien la obtuvo. Tal incremento ha de ser verificado en cada caso concreto y dejará al descubierto el resultado del abuso del derecho desde el punto de vista del pensionado. La importancia de esta verificación es que tiene la virtualidad de revelar al juez constitucional la dimensión material de las ventajas ilegítimas, desde el punto de vista legal o constitucional, en favor del pensionado.

[...]

De conformidad con el anterior derrotero jurisprudencial, para efectos de determinar la legitimidad del reconocimiento pensional en virtud de un régimen especial, anterior a la entrada en vigor de la Ley 100 de 1993, como es el de la Rama Judicial, previsto

en el Decreto 546 de 1971, se debe valorar la vinculación laboral del interesado con el Estado, en la medida en que esta sea relevante para obtener un mayor beneficio de dicho régimen pensional, como lo es un incremento elevado en la base de liquidación, al haber obtenido una vinculación laboral en un empleo público con una remuneración cuantiosa respecto de las que recibió a lo largo de su historia laboral con el Estado, que implique igualmente un aumento considerable en el monto pensional.

Por consiguiente, comoquiera que el régimen contemplado en el citado Decreto 546 de 1971, al establecer que el monto pensional equivale al 75% de la asignación mensual más elevada que hubiere devengado en el último año de servicios, claramente establece un beneficio notable en relación con el régimen pensional general preceptuado en la Ley 33 de 1985<sup>14</sup>, debe examinarse la trayectoria laboral del funcionario o empleado judicial con el propósito de determinar que no hubiese tenido una vinculación precaria en un empleo que le representara un incremento notable en su remuneración, que repercutiera posteriormente en una mesada pensional elevada. De ser así se estaría ante un abuso del derecho, puesto que el trabajador se lucraría de manera excesiva del beneficio de la norma especial, en contravía del principio de solidaridad del sistema de seguridad social en pensiones.

Para efectos de corroborar cuándo esa precariedad en el ejercicio de un empleo (que incide en un incremento elevado del monto pensional) implica abuso del derecho, habrá de analizarse no solo la historia laboral del pensionado, sino además el tipo de vinculación y la naturaleza del empleo que ejerció por un corto lapso durante el último año de servicios, toda vez que el acceso a un cargo en carrera, mediante un concurso de méritos, difiere del que se provee a través de un nombramiento en provisionalidad o encargo, así como del de libre nombramiento y remoción, dado que en estos últimos eventos la designación del servidor estatal depende de la voluntad del nominador, mientras que en el primero proviene de un criterio objetivo, público y transparente.

De acuerdo con el anterior panorama jurisprudencial, se tiene en el asunto *sub examine* que el demandado le fue reconocida pensión de jubilación al ser beneficiario del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y al haber colmado los requisitos de tiempo de servicios y edad contemplados en el Decreto 546 de 1971 (20 y 55 años, respectivamente), en un monto equivalente al 75% de lo devengado durante los últimos diez años, en cuantía de \$3'197.158,49, condicionada a demostrar el retiro del servicio. Luego laboró como magistrado auxiliar, destacado ante el despacho a cargo del magistrado Henry Villarraga Oliveros, entre el 31 de marzo y el 31 de mayo de 2010 (2 meses), y regresó a su cargo de juez civil de circuito, que ejerció solo del 1° al 30 de junio de 2010, por lo que al reliquidar la entidad demandante su prestación en aplicación del IBL dispuesto en el Decreto 546 de 1971 (en cumplimiento de un fallo de tutela), el monto pensional se le incrementó a \$12'323.748, a partir del 1° de julio de 2010, al habersele tenido en cuenta la asignación mensual más elevada recibida durante el último año de servicios, esto es, la devengada en condición de magistrado auxiliar,

---

<sup>14</sup> «[...] setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio» (artículo 1°).

pese a que su vinculación con la Rama Judicial, en su mayoría fue en calidad de juez de circuito, cargo en el que además consolidó su estatus pensional.

Así las cosas, en el caso del demandado se hace evidente el abuso del derecho, al haber tenido una vinculación laboral precaria como magistrado auxiliar de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, que sirvió para incrementar su monto pensional, por lo que, en atención a aquella situación, que resulta a todas luces contraria, se insiste, al principio de solidaridad del sistema de seguridad social en pensiones, la UGPP deberá reliquidar la pensión de jubilación del accionado con fundamento en el inciso 3° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que preceptúa que el ingreso base para liquidar la pensión de vejez o jubilación de las personas beneficiarias del régimen de transición «[...] *que les faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho, será el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciera falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si este fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precios al consumidor, según certificación que expida el DANE*», conforme al criterio fijado por la Corte Constitucional, en casos iguales al presente, en la sentencia SU-631 de 2017.

Por otra parte, en lo concerniente a que se ordene al accionado pagar las diferencias en las mesadas pensionales a que hubiera lugar, cabe precisar que al tenor del artículo 83 de la Constitución Política, la buena fe se presume en todas las gestiones que los particulares adelanten ante las autoridades públicas, por ende, en lo que se refiere al reintegro de los valores recibidos de más por él, la Sala negará dicha pretensión, pues en el proceso no se encuentra acreditada la mala fe con que actuó para obtener la reliquidación pensional con base en la asignación más elevada devengada durante el último año de servicios, ya que no existe prueba orientada a demostrar fraude, maniobras o actos ilícitos tendientes a lograr ese reajuste, máxime cuando (i) no se tiene certeza acerca de las circunstancias que rodearon su nombramiento y renuncia respecto del empleo de magistrado auxiliar y (ii) en la contestación de la demanda afirmó que su dimisión obedeció a motivos de salud como consecuencia del estrés laboral, para lo cual aportó parte de su historia clínica, en la que se refleja que el 8 y 22 de mayo de 2010, fechas para las cuales desempeñaba dicho cargo, se le presentaron problemas de cefalea debida a tensión alta y estado migrañoso. En tal sentido, debe darse aplicación al numeral 1, letra c, del artículo 164 del CPACA, toda vez que «[...] *no habrá lugar a recuperar las prestaciones pagadas a particulares de buena fe*».

Con fundamento en los elementos de juicio allegados al expediente y apreciados en conjunto de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin más disquisiciones sobre el particular, se revocará el fallo de primera instancia y, en su lugar, se declarará la nulidad parcial de los actos administrativos demandados y se ordenará a la UGPP reliquidar la pensión de jubilación del accionado con fundamento en el ingreso base de liquidación determinado en el inciso 3° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 para los beneficiarios de su régimen de transición, y se negarán las demás súplicas de la demanda.

Por último, respecto de la condena en costas y las agencias en derecho que

corresponde a los gastos por concepto de apoderamiento dentro del proceso, se pronunció esta Corporación en sentencia de 1.º de diciembre de 2016<sup>15</sup>, en el sentido de que «[...] *corresponde al juez de lo contencioso-administrativo elaborar un juicio de ponderación subjetiva respecto de la conducta procesal asumida por las partes, previa imposición de la medida, que limitan el arbitrio judicial o discrecionalidad, para dar paso a una aplicación razonable de la norma*».

Por ello, esta Sala considera que el artículo 365 del CGP, por remisión del 188 del CPACA, deja a disposición del juez la procedencia o no de la condena en costas, ya que para ello debe examinar la actuación procesal de la parte vencida y comprobar su causación y no el simple hecho de que las resultas del proceso le fueron desfavorables a sus intereses, pues dicha imposición surge después de tener certeza de que la conducta desplegada por aquella comporta temeridad o mala fe, por lo que, al no predicarse tal proceder de la parte demandada, no se impondrá condena en costas.

Por último, en atención a que quien se halla habilitado legalmente para ello, confirió poderes en nombre de la UGPP, se reconocerá personería a la profesional del derecho destinataria del último concedido (ff. 583 a 593 c. ppal.), sin perjuicio de la validez de las actuaciones que haya ejercido dentro de este proceso la primera abogada.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, sala de lo contencioso administrativo, sección segunda, subsección B, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

#### **FALLA:**

1. Revócase la sentencia de veinticuatro (24) de octubre de dos mil catorce (2014) proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima, que negó las súplicas de la demanda en el proceso instaurado por la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP) contra el señor Elías Cabrera Ducuara, conforme a la parte motiva; y en su lugar:

1.1 Declárase la nulidad parcial de las Resoluciones UGM 34981 de 24 de febrero de 2012 y UGM 48698 de 1º de junio del mismo año, en cuanto la entonces Cajanal le reliquidó la pensión de jubilación al señor Elías Cabrera Ducuara con base en la asignación más elevada devengada por él durante el último año de servicios, de acuerdo con lo indicado en la motivación de esta providencia.

1.2 Como consecuencia de lo anterior, ordénase a la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP) reajustar la pensión de jubilación del señor Elías Cabrera Ducuara, con fundamento

---

<sup>15</sup> Consejo de Estado, sala de lo contencioso administrativo, expediente 70001-23-33-000-2013-00065-01 (1908-2014), consejero ponente: Carmelo Perdomo Cuéter, actor: Ramiro Antonio Barreto Rojas, demandada: Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN).

en el ingreso base de liquidación previsto en el inciso 3° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 para los beneficiarios de su régimen de transición, en armonía con lo expuesto en la parte motiva.

1.3 Niéganse las demás pretensiones de la demanda.

1.4 Sin condena en costas a la parte accionada.

2. Reconócese personería a la abogada Lid Marisol Barrera Cardozo, identificada con cédula de ciudadanía 26.493.033 y tarjeta profesional 123.302 del Consejo Superior de la Judicatura, para representar a la UGPP, de acuerdo con el poder conferido.

3. Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen, previas las anotaciones que fueren menester.

Notifíquese y cúmplase,

Este proyecto fue estudiado y aprobado en sala de la fecha.

CARMELO PERDOMO CUÉTER

SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ

CÉSAR PALOMINO CORTÉS