

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN SEGUNDA
SUBSECCIÓN B

CONSEJERA PONENTE: DRA. SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ

Bogotá D.C., veintisiete (27) de julio de dos mil quince (2015).

EXPEDIENTE N° 520012333000 201300077 02 (1504 – 2014)

**ORDINARIO: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO –
“LESIVIDAD”**

**ACTOR: UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTION
PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA
PROTECCION SOCIAL – U.G.P.P.**

C/. ALVARO RAMIRO CHAMORRO ARCOS.

**TEMA: APELACION DE LA DECISION QUE NO PROSPERÓ LA
EXCEPCION DE COSA JUZGADA CONSTITUCIONAL. Ley 1437 de
2011**

Ha venido el proceso de la referencia con el informe de la Secretaría de la Sección Segunda de la Corporación de 27 de febrero de 2015 (fl. 183), para resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la decisión del primera instancia que no prosperó la excepción de Cosa Juzgada Constitucional. Al respecto:

A N T E C E D E N T E S

La Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social – U.G.P.P. (antes Caja Nacional de Previsión Social), a través de apoderado y en ejercicio del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, previsto en el artículo 138 de la Ley 1437 de 2011, presentó demanda contra el señor ALVARO RAMIRO CHAMORRO ARCOS, con la finalidad de que en la sentencia se acceda a las siguientes

D E C L A R A C I O N E S Y C O N D E N A S

Se pretende la declaratoria de nulidad de la Resolución No PAP053912 de 19 de mayo de 2011, expedida por la Caja Nacional de Previsión Social, “por medio de la cual se da cumplimiento a un fallo proferido por el Juzgado Tercero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de San Juan de Pasto”; y como restablecimiento del derecho condenar al demandado, señor ALVARO RAMIRO CHAMORRO ARCOS, a devolver los dineros recibidos de

manera indexada por concepto de la ilegal reliquidación de la pensión de vejez (fl. 4).

LOS HECHOS

Se resumen de la siguiente manera: el señor ALVARO RAMIRO CHAMORRO ARCOS, se desempeñó en varias dependencias del Departamento de Nariño, del Municipio de Pasto, del Departamento de Putumayo, y su última vinculación fue con la Rama Judicial. Al reunir los requisitos de ley acudió a la Caja Nacional de Previsión Social a que le reconociera la pensión de vejez, la cual se le negó con la expedición de la Resolución No. 028410 de 28 de noviembre de 2000.

Mediante escrito radicado el 1º de junio de 2004, el señor ALVARO RAMIRO CHAMORRO ARCOS solicitó nuevamente a Cajanal el reconocimiento de la pensión de vejez y la entidad profiere la Resolución No. 21465 de 12 de octubre de 2004, con la cual se le reconoce la pensión.

El demandado en este caso, señor ALVARO RAMIRO CHAMORRO ARCOS, presentó Acción de Tutela contra Cajanal con la finalidad de obtener la reliquidación de la pensión conforme al Decreto 546 de 1971 y al Decreto 717 de 1978, esto es, en el 75% de la asignación mensual más elevada percibida durante el último año de servicio con todos los factores salariales. Del recurso conoció el Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de San Juan de Pasto quien profiere fallo el 18 de noviembre

de 2004 y tutela los derechos fundamentales al debido proceso, al mínimo vital, a la dignidad humana, a la seguridad social, los derechos de las personas de la tercera edad. Por tanto, ordenó a CAJANAL que reliquidara la pensión.

La Caja Nacional de Previsión Social expide la Resolución No 43545 de 28 de agosto de 2006 y reliquidó la pensión del señor ALVARO RAMIRO CHAMORRO ARCOS, quien posteriormente radica otro escrito ante la entidad solicitando que el monto de la pensión se reliquide con la inclusión del 100% de la Bonificación por Servicios.

Como la entidad no accedió, el aquí demandado interpuso nuevamente Acción de Tutela, con la finalidad de que Cajanal reliquidara su pensión con el 100% de la Bonificación por Servicios. El recurso fue conocido por el Juzgado Tercero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de San Juan de Pasto, quien mediante la sentencia No 26 de 19 de mayo de 2008 resolvió acceder a la petición, y como consecuencia, la entidad expide la Resolución No. PAP053912 de 19 de mayo de 2011, en cumplimiento del fallo de tutela e incluye en el ingreso base de liquidación de la pensión del señor ALVARO RAMIRO CHAMORRO ARCOS el 100% de la Bonificación por Servicios (fl. 2 a 4).

LA DECISION APELADA

Es la proferida el 30 de enero de 2015 por el Tribunal Administrativo de Nariño, por medio de la cual se negó la prosperidad de la excepción propuesta por la parte demandada que denominó “cosa juzgada constitucional”.

Manifestó que se puede demandar un acto de ejecución de sentencia judicial porque con ello se garantiza el derecho al debido proceso y acceso a la administración de justicia, con lo cual se examina si el acto administrativo se ajusta a la legalidad o no. Admitir lo contrario conlleva a que tales actos sean ajenos al control cuando el juez de tutela incurre en graves incongruencias y contradicciones. Tales vicios no se pueden quedar sin control de legalidad.

Señaló que la garantía del debido proceso y acceso a la administración de justicia se garantizan en su aspecto positivo al permitir que quien invoque el quebrantamiento de la Ley o la Constitución con un acto administrativo pueda acudir al juez para que luego de agotado el trámite se decida la pretensión, lo cual no se garantiza con la negativa del juez natural de conocer la demanda tras argumentar la cosa juzgada, y más cuando las tutelas no son revisadas por la Corte Constitucional (fl. 161 y 162).

EL RECURSO DE APELACION

La parte demandada, señor ALVARO RAMIRO CHAMORRO ARCOS, recurrió la decisión de no declarar probada la excepción de Cosa Juzgada Constitucional, para lo cual señaló que la negativa se fundamentó en la

Sentencia T-218 de 2012, la que no es aplicable a este caso, pues, la sentencia proferida por el Juzgado Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Pasto no incurrió en ilegalidad y que se fundamentó en el criterio mayoritario de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

Afirmó que la prestación concedida no es ilegal, pues, en la sentencia mencionada, se demostró que hubo fraude al decretar la pensión gracia sin verificar que se tratara de docentes, y que este caso es diverso al que se debatió en esa instancia. Agregó que la Corte Constitucional ha declarado de oficio la excepción de cosa juzgada frente al reconocimiento del 100% de la bonificación por servicios prestados, por tanto, dicho fenómeno sí se presenta ya que la sentencia no fue objeto de impugnación por la Caja Nacional de Previsión Social (fl. 162 vuelto).

CONSIDERACIONES

Se procede al estudio del recurso de apelación que el apoderado de la parte demandada, señor ALVARO RAMIRO CHAMORRO ARCOS, presentó contra la decisión adoptada por el Tribunal Administrativo de Nariño, en la Audiencia Inicial prevista en el artículo 180 de la Ley 1437 de 2011, y llevada a cabo el 30 de enero de 2014, por medio de la cual se negó la prosperidad de la cosa juzgada constitucional.

Previamente a entrar al análisis respectivo, se considera pertinente hacer alusión a la competencia para decidir el presente recurso de apelación, así:

COMPETENCIA

Para efectos de establecer la competencia en esta instancia para decidir el recurso de apelación que la parte demandada presentó contra la decisión del a quo de no declarar probada la excepción propuesta en la contestación de la demanda, se procederá de acuerdo con lo considerado en la Sala Plena¹ de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, quien al resolver un recurso de queja contra la decisión de no conceder el recurso de apelación contra el auto que no declaró probada la excepción previa de ineptitud parcial de la demanda propuesta por la demandada, dijo:

“(…) Así las cosas, no acertó el Tribunal en la decisión de no conceder el recurso de apelación contra la decisión que no declaró probada una excepción previa, toda vez que en los términos del artículo 180 del CPACA – norma especial- esa decisión es pasible o susceptible del recurso de apelación. Y, para efectos de competencia funcional, habrá que recurrir a lo dispuesto en el artículo 125 *ibídem*, es decir, que si la excepción que se declara probada da por terminado el proceso – por tratarse de una de aquellas decisiones a que se refieren los numerales 1 a 4 del artículo 243 de la misma codificación – tendrá que ser proferida por la respectiva sala de decisión del Tribunal Administrativo en primera instancia; a contrario sensu, si la providencia no declara la excepción y, por lo tanto, no se desprende la finalización del plenario, entonces será competencia exclusiva del ponente, y en ambos casos será procedente el recurso de apelación, en el primer caso resuelto por la respectiva sala de decisión del Consejo de Estado, y en el segundo por el Consejero Ponente a quien le corresponda el conocimiento del asunto en segunda instancia.

¹ Consejo de Estado – Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Consejero Ponente: Dr. Enrique Gil Botero. 25 de junio de 2014. Expediente No 25000233600020120039501 (49.299). Actor: “Café Salud Entidad Promotora de Salud S.A., Demandado: Nación – Ministerio de Salud y de la Protección Social (Recurso de Queja).

En efecto, el numeral 6 del artículo 180 del CPACA, determina que “el auto que decida sobre las excepciones será susceptible del recurso de apelación o del súplica, **“según el caso...”**, lo que significa que en procesos de primera instancia será procedente la apelación, mientras que tratándose de asuntos de única instancia lo procedente será el recurso de súplica.

Como se aprecia, la expresión “según el caso” sirve de inflexión para dejar abierta la posibilidad de la procedencia del recurso de apelación o de súplica dependiendo la instancia en que se desarrolle el proceso, puesto que si se trata de un asunto cuyo trámite corresponde a un Tribunal Administrativo o al Consejo de Estado en única instancia, el medio de impugnación procedente será el de súplica, mientras que si se tramita en primera instancia por el Tribunal Administrativo procederá el de apelación, bien que sea proferido por el Magistrado Ponente –porque no se le pone fin al proceso- o por la Sala a la que pertenece este último –al declararse probado un medio previo que impide la continuación del litigio- (...).

Lo anterior por cuanto la ponente ha sido del criterio que conforme al inciso final del numeral 6º del artículo 180 de la Ley 1437, solo es apelable la decisión que resuelve la excepción y con ésta se termina el proceso, pues, esa es la interpretación de la expresión **“según el caso”**, contenida en dicho inciso, ya que entender que cualquiera sea la decisión – favorable o negativa en relación con la excepción -, es posible el recurso de apelación, es ir en contravía de los objetivos de la citada ley, como son la celeridad y eficiencia, entre otros, en el trámite de los procesos que se presenten ante esta jurisdicción.

Así, pues, con la aclaración hecha y conforme a la providencia cuya parte pertinente se ha transcrito, se procede al estudio del recurso de apelación que la parte demandada presentó contra la decisión del Tribunal

Administrativo de Nariño, de no declarar probada la excepción de cosa juzgada constitucional.

Realizada la precisión anterior, se procede a hacer alusión a las excepciones contempladas en la Ley 1437 de 2011, en cuanto al trámite y decisión de las mismas.

LAS EXCEPCIONES EN LA LEY 1437 DE 2011

Sobre las excepciones y la oportunidad que tiene la parte demandada para proponerlas, se debe acudir al artículo 175 de la Ley 1437 de 2011, que dice:

“Artículo 175. Contestación de la demanda. Durante el término de traslado, el demandado tendrá la facultad de contestar la demanda mediante escrito que contendrá: (...)”

3. Las excepciones (...)” (Se resaltó).

La excepción hace parte de la potestad que tiene el demandado de presentar oposición al derecho que el demandante le reclama, y en el caso del procedimiento contencioso administrativo, es en la contestación de la demanda donde se proponen las excepciones con las cuales se pretende o se busca anular el derecho del actor.

TRAMITE DE LA EXCEPCIÒN

El mismo artículo 175, en el parágrafo 2º, dispone:

“Parágrafo 2º. Cuando se formulen excepciones se correrá traslado de las mismas por secretaría, sin necesidad de auto que lo ordene, por el término de tres (3) días”.

DECISION DE LAS EXCEPCIONES

El artículo 180, numeral 6º, de la Ley 1437 de 2011, consagró las excepciones que se pueden formular en el proceso contencioso administrativo, lo mismo que la forma y oportunidad en que se resuelven. La norma dispone lo siguiente:

“Artículo 180. **Audiencia inicial.** Vencido el término de traslado de la demanda o de la de reconvención según el caso, el juez o magistrado ponente, convocará a una audiencia que se sujetará a las siguientes reglas: (...)

6. ***Decisión de las excepciones previas.*** El juez o magistrado ponente, de oficio o a petición de parte, resolverá sobre las excepciones previas y las de cosas juzgada, caducidad, transacción, conciliación, falta de legitimación en la causa y prescripción extintiva.

Si excepcionalmente se requiere la práctica de pruebas, se suspenderá la audiencia, hasta por el término de diez (10) días, con el fin de recaudarlas. Al reanudar la audiencia se decidirá sobre tales excepciones.

Si alguna de ellas prospera, el juez o magistrado ponente dará por terminado el proceso, cuando a ello hubiere lugar. Igualmente lo dará por terminado cuando en la misma audiencia advierta el incumplimiento de requisitos de procedibilidad.

El auto que decida sobre las excepciones será susceptible del recurso de apelación o del de súplica, según el caso (...) (Se resaltó).

PROCEDIBILIDAD DEL RECURSO DE APELACION

De conformidad con los artículos 125, 180, numeral 6, y 243 de la Ley 1437 de 2011, es procedente el recurso de apelación. Dicen estas normas:

“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 sala, excepto en los procesos de única instancia. Corresponderá a los jueces, las salas, secciones y subsecciones 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”.

“Artículo 180. **Audiencia Inicial.** Vencido el término de traslado de la demanda o de la de reconvención según el caso, el Juez o Magistrado Ponente, convocará a una audiencia inicial que se sujetará a las siguientes reglas: (...)

6. Decisión de las excepciones previas. El Juez o Magistrado Ponente, de oficio o a petición de parte, resolverá sobre las excepciones previas y las de cosa juzgada, caducidad, transacción, conciliación, falta de legitimación en la causa y prescripción extintiva (...)

Si alguna de ellas prospera, el Juez o Magistrado Ponente dará por terminado el proceso, cuando a ello haya lugar. Igualmente, lo dará por terminado cuando en la misma audiencia advierta el incumplimiento de requisitos de procedibilidad.

El auto que decida sobre las excepciones será susceptible del recurso de apelación o del de súplica, según el caso (...) (Se subrayó).

“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: (...)”

3. **El que ponga fin al proceso** (...)” (Se resaltó)

SOLUCION DEL ASUNTO

El Problema Jurídico

En este caso, el Problema Jurídico que se debe resolver por la Sala consiste en determinar si se presentan los supuestos fácticos y jurídicos para que se de el fenómeno jurídico de la cosa juzgada constitucional, como lo pretende la parte demandada.

Previo a resolverse este problema jurídico, se deberá establecer si el acto frente al cual se emite la decisión de cosa juzgada tiene la connotación de ser un acto administrativo, o un acto de ejecución. Así mismo, en ánimo de que el derecho a la tutela judicial efectiva y de acceso a la justicia por parte del demandado sea plena, también se resolverá el planteamiento que él ha

hecho en la vía de apelación, es decir, si hay o no cosa juzgada constitucional.

Qué es un acto administrativo ?

De conformidad con lo dicho por la doctrina y la jurisprudencia, el acto administrativo es la manifestación unilateral de la voluntad de la administración que crea, extingue o modifica un derecho o una situación jurídica.

El Consejo de Estado² al decidir la demanda de nulidad contra algunos apartes del Concepto JDS – 023434 de 20 de agosto de 1999, emitido por el Secretario General del Banco de la República, en relación con el acto administrativo dijo:

“(…) 6.2.1. Esta Corporación ha señalado de manera reiterada y uniforme que los actos administrativos son manifestaciones de voluntad proferidos unilateralmente por la administración que tienen la virtualidad de crear, modificar o extinguir situaciones jurídicas de distinto orden y que ordinariamente están revestidos por formas tradicionales - como decretos, resoluciones, ordenanzas, acuerdos, etc. En ocasiones la administración omite la formulación tradicional enunciada y se expresa a través de oficios, memorandos, circulares, conceptos, etc., formas que de manera corriente no se utilizan para proferir actos administrativos. La circunstancia anotada suscita dudas acerca de si los oficios, memorandos, circulares o conceptos anotados contienen o no actos administrativos. La jurisprudencia de esta

² CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION PRIMERA Consejera ponente: MARIA CLAUDIA ROJAS LASSO Bogotá, D. C., treinta y uno (31) de marzo de dos mil once (2011) Radicación número: 11001-03-27-000-2003-00071-01 Actor: CESAR CAMILO CERMEÑO CRISTANCHO Demandado: BANCO DE LA REPUBLICA Referencia: ACCION DE NULIDAD.

Corporación ha precisado que cuando dichos documentos expresan una manifestación unilateral de voluntad de la administración con la aptitud de producir efectos jurídicos se está en presencia de un acto administrativo y que, en caso contrario, se debe reconocer la inexistencia del acto y, en consecuencia, la ausencia de un objeto sobre cual pueda recaer pronunciamiento judicial alguno de legalidad. En el caso específico de los conceptos es posible que expresen una manifestación de voluntad de la naturaleza descrita, caso en el cual constituyen actos administrativos cuya legalidad puede ser controlada por vía judicial; o que se limiten a expresar opiniones destinadas a ilustrar el juicio de los particulares o de los servidores públicos acerca de un tema cualquiera, caso en el cual no son controlables judicialmente (...)."

Así mismo, el acto administrativo tiene unos elementos que de manera sucinta se citan a continuación: la autoridad que tiene competencia para emitirlo; la motivación, es decir, las razones fácticas y jurídicas que sirven de fundamento para su expedición; el contenido del acto que hace referencia al resultado final obtenido; el fin del acto administrativo, esto es, el objetivo perseguido y la forma que tiene que ver con las solemnidades dispuestas por la ley. También existen actos administrativos fictos o presuntos que tienen su origen en las peticiones de los administrados y en el silencio de la administración; los mismos pueden ser negativos o positivos. Así mismo, estos actos son pasibles de los medios de control contemplados en la ley.

Igualmente existen actos de ejecución que son aquellos que no contienen una manifestación de la voluntad de la administración que crea, modifica o extingue una situación jurídica, sino que por el contrario, con ellos se atiende una decisión como por ejemplo lo ordenado por una sentencia que la administración debe cumplir, los cuales, por no tener la condición de crear, modificar o extinguir derechos, no son objeto del medio de control de nulidad

y restablecimiento del derecho como sí lo son los actos administrativos que crean, extinguen o modifican una situación jurídica.

Sobre los actos de ejecución, el Consejo de Estado³ ha dicho:

“(…) La resolución transcrita (…) que ordenó el reintegro del actor fue expedida para dar cumplimiento a una sentencia de tutela dictada por la Corte Constitucional, es decir, que en principio es un acto de ejecución, tal como lo calificó el Tribunal, pues jurídicamente todo acto que se limite a ordenar el cumplimiento de una sentencia tiene tal connotación. No obstante lo anterior, esta corporación ha aceptado una excepción consistente en que si bien los actos administrativos de ejecución no son demandables, si la administración al proferirlo se aparta del verdadero alcance de la decisión o de las súplicas del actor, que para el caso sería aparte del reintegro, el pago de las sumas que por concepto de salarios y prestaciones dejó de percibir desde el retiro hasta su reintegro, agregándole o suprimiéndole algo, resulta incuestionable que el acto no es de simple ejecución como quiera que nace a la vida jurídica un nuevo acto administrativo que sería a todas luces controvertible ante la jurisdicción. Lo anterior conlleva a concluir que con la expedición del acto administrativo demandado se genera un hecho nuevo no decidido en la sentencia a la que se está dando cumplimiento, es decir, existe una situación jurídica nueva no discutida ni definida en el fallo. Entonces, como lo que motivó la nueva demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, fue el no pronunciamiento sobre la referida pretensión que en últimas es el objeto del acto acusado, se observa que ello comprende un hecho nuevo que amerita control jurisdiccional (…)

En este orden de ideas se entra analizar el acto administrativo demandado por la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones

³ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN SEGUNDA SUBSECCION “A” Consejero Ponente: Dr. ALFONSO VARGAS RINCON Bogotá DC; abril siete (07) del año dos mil once (2011) Radicación número: 25000-23-25-000-2010-00152-01(1495-2010) Actor: SEVERO ACOSTA TARAZONA Demandado: LA NACIÓN – MINISTERIO DEL INTERIOR Y DE JUSTICIA.

Parafiscales de la Protección Social – U.G.P.P., esto es, la Resolución No. PAP053912 de 19 de mayo de 2011, “por medio de la cual se dió cumplimiento a un fallo proferido por el Juzgado Tercero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de San Juan de Pasto”, con la finalidad de establecer si se trata de un acto de ejecución o con él se crean situaciones nuevas lo que lo convertiría en un acto administrativo pasible de control jurisdiccional.

La situación fáctica que presenta la demanda que instauró la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social – UG.P.P. da cuenta que el señor ALVARO RAMIRO CHAMORRO ARCOS, en dos oportunidades presentó Acción de Tutela contra la Caja Nacional de Previsión Social. En la primera ocasión el medio jurídico indicado se interpuso para obtener el reconocimiento de la pensión de vejez, y en la segunda, la reliquidación de esa prestación con la inclusión del 100% de la bonificación por servicios.

En atención a la orden impartida en el fallo No 26 de 19 de mayo de 2008, proferido por el Juzgado Tercero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de San Juan de Pasto (fl. 546), la Caja Nacional de Previsión Social – hoy U.G.P.P. -, expidió la Resolución No PAP053912 de 19 de mayo de 2011 (473), y en la base de liquidación de la pensión incluyó la bonificación por servicios prestados en el total percibido en el último año de servicio, es decir, del 30 de mayo de 2004 al 30 de mayo de 2005. Así, se establece de las motivaciones contenidas en el acto objeto de acusación en el presente asunto.

Pues bien, para responder la pregunta que se ha formulado, se considera del caso analizar la jurisprudencia del Consejo de Estado⁴ respecto de lo que ha considerado como acto de ejecución, y luego entrar a verificar la situación fáctica que se presenta en el sub lite. La Corporación, en la providencia aludida en el capítulo anterior señaló que existe una excepción respecto de la impugnación del acto de ejecución que ocurre cuando la administración se aparta del verdadero alcance de la decisión proferida, pues, nace a la vida jurídica un nuevo acto administrativo que sería controvertible ante la jurisdicción. Por tanto, si con la expedición del acto administrativo demandado se genera un hecho nuevo no decidido en la sentencia a la que se está dando cumplimiento significa que se presenta una situación jurídica nueva no discutida ni definida en el fallo, pues, se trata de un acto administrativo que puede ser objeto de control jurisdiccional.

Del estudio de la Resolución impugnada en este caso, a través de la cual se dio cumplimiento a la sentencia de Tutela No 26 de 19 de mayo de 2008 del Juzgado Tercero de Ejecución Penas y Medidas de Seguridad de Pasto, se observa que si bien es cierto que con dicho acto se cumple la mencionada sentencia, lo cual lo convertiría en un mero acto de ejecución, también lo es que no se puede aceptar tal afirmación porque al analizar las razones por las cuales se profirió, se concluye que en su expedición ocurrieron circunstancias que impiden que se tenga como un verdadero actor de ejecución, las cuales se pasan a enumerar:

⁴ Ibídem

1. En el fallo el juez de tutela ordenó a la Caja Nacional de Previsión Social - hoy la U.G.P.P. -, emitir el respectivo acto administrativo en el cual se reliquidará la pensión del señor Chamorro Arcos, en el 75% del salario más alto devengado en el último año de servicio más las doceava parte de todos los factores salariales; y en cuanto a la Bonificación por Servicios Prestados dijo que ésta se debía incluir en el 100% de su valor.

2. En obediencia a la orden de tutela, la entonces Caja Nacional de Previsión Social, en las consideraciones del acto acusado argumentó lo siguiente, que para mejor comprensión se transcribe en forma literal:

“...Que respecto a la inclusión del 100% de la bonificación de servicios prestados es pertinente realizar las siguientes consideraciones de orden legal:

Que los artículos 45, 46 y 47 del Decreto 1042 de 1978, establece:

“Artículo 45.- De la Bonificación por Servicios Prestados. A partir de la expedición de este decreto créase una bonificación por servicios prestados para los funcionarios (sic) a que se refiere el artículo 1º.

Esta bonificación se reconocerá y pagará al empleado cada vez que cumpla un año continuo de labor en una misma entidad oficial. Sin embargo, cuando un funcionario pase de un organismo a otro de los enumerados en el artículo 1º de este decreto, el tiempo laborado en el primero se tendrá en cuenta para efectos del reconocimiento y pago de la bonificación, siempre que no haya solución de continuidad en el servicio.

Se entenderá que no hay solución de continuidad si entre el retiro y la fecha de la nueva posesión no transcurrieron más de quince días hábiles. La

bonificación de que trata el presente artículo es independiente de la asignación básica y no será acumulativa”.

“Artículo 46.- De la cuantía de la bonificación por servicios prestados. La bonificación por servicios prestados será equivalente al veinticinco por ciento de la asignación básica que esté señalada por la ley para el cargo que ocupe el funcionario en la fecha en que se cause el derecho a percibida (sic).

Tal derecho se causará cada vez que el empleado cumpla un año de servicio.

Cuando el funcionario perciba los incrementos de salario por antigüedad a que se refieren los artículos 49 y 97 de este decreto, la bonificación será equivalente al veinticinco por ciento del valor conjunto de la asignación básica y de dichos incrementos”.

“Artículo 47.- Del cómputo del Tiempo para la Bonificación por Servicios Prestados. El tiempo de servicio para el primer reconocimiento de la bonificación por servicios prestados se contará así:

“a) Para los funcionarios que actualmente se hallen vinculados al servicio, desde la fecha de expedición del presente decreto.

“b) Para los funcionarios que se vinculen con posterioridad a la vigencia de este decreto, desde la fecha de su respectiva posesión”.

Tal como lo establecen las normas citadas anteriormente, el reconocimiento de la Bonificación por Servicios se efectuó como un valor que sería causado en forma anual y pagadero en la misma forma, por haber laborado durante un año continuo en el servicio oficial sin que sea posible su acumulación.

Ahora bien, la liquidación de la pensión ordenada por el Decreto 2460 de 2006, la prima de servicios y las primas de navidad y vacaciones, el valor a determinar ha de ser la doceava parte de su causación y no la suma completa de lo pagado anualmente, tal como lo ordena el fallo.

Como se desprende de la norma anterior se puede establecer que el legislador, claramente señaló que los valores pagaderos una vez al año al momento de la liquidación de la pensión se deben tomar como una doceava parte de los mismos como es el caso de la bonificación por servicios prestados que es pagada en forma anual y así figura en los certificados que obran en el cuaderno administrativo, por ello al incluirla en la liquidación en su 100% se liquida la misma como si se hubiera percibido 12 veces en el año, es decir, se tomaría la inclusión dentro del promedio mensual de la totalidad de lo devengado, como factor anual y la doceava parte, constituyendo esto un error.

Así mismo es preciso indicar que la bonificación por actividad judicial se constituyó como factor salarial de liquidación solamente a partir del 2009, por ello no se tendrá en cuenta en la liquidación.

No obstante lo anterior, y en estricto cumplimiento de lo ordenado por el Juzgado Tercero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Pasto y los certificados de factores y descuentos No 0565 que obran en el cuaderno administrativo se procede efectuar la liquidación de la pensión de vejez tomando como base el 75% de la asignación más elevada del último año así: (...)” (fl. 473)

Se observa de las motivaciones del acto demandado que la Caja Nacional de Previsión Social, en su momento, se dio cuenta del error en que incurrió el juez de tutela al ordenar la inclusión en el ingreso base de liquidación de la pensión del señor Chamorro Arcos, el 100% de la Bonificación por Servicios Prestados, pues, este factor de conformidad con los artículos 45, 46 y 47 del

Decreto Ley 1042 de 1978, solo se incluye en una doceava parte toda vez que se percibe solo una vez al año.

Conforme a lo expuesto, no cabe duda que la Resolución No PAP053912 de 19 de mayo de 2011, que es el acto objeto de acusación en el presente asunto, no es propiamente un acto de ejecución sino un verdadero acto administrativo, el cual, se bien se expide en cumplimiento de un fallo de tutela, allí se advierte una circunstancia de orden legal como es el monto de la bonificación por servicios prestados en el ingreso base de liquidación de la pensión que no puede pasar desapercibida en esta oportunidad.

3. Significa lo anterior que el monto pensional se encuentra en entre dicho por cuanto la sentencia del juez de tutela en sentir del demandante rebasó la ley, y en su cumplimiento la entidad acató la orden, empero, advirtió que no es procedente la inclusión del 100% de la bonificación por servicios prestados; es decir, que se le está imponiendo una carga que la ley no previó, por tanto, está en su derecho de acudir al órgano encargado de juzgar los actos administrativos a impugnar la resolución que en acatamiento de un fallo de tutela también la hace incurrir en el error de reliquidar la pensión por fuera de los parámetros señalados en la ley.

4. La Resolución por la cual se da cumplimiento a la sentencia de tutela, en este caso, es un acto administrativo que contiene la manifestación de la voluntad de la administración que creo una situación jurídica particular contra al cual se puede ejercer el control de legalidad que le corresponde al juez administrativo, de conformidad con la Constitución y la ley; y máxime cuando

se observa que el juez de tutela en el fallo no hizo ninguna reflexión acerca del porcentaje a incluir de la Bonificación por Servicios Prestados.

5. Igualmente, la Ley 1437 de 2011, en el artículo 164, autoriza la presentación de la demanda contra actos que reconozcan o nieguen total o parcialmente prestaciones periódicas, lo cual se puede hacer en cualquier tiempo; y no existe prohibición legal que señale que los actos administrativos no puedan ser impugnados por la misma autoridad que los profirió.

6. En este orden de ideas, en el sub lite, al expedirse el acto administrativo aquí acusado, se generó un hecho nuevo producto del cumplimiento de la sentencia de tutela, toda vez que aparece una situación jurídica que no se discutió en el fallo de tutela, esto es, la legalidad del reconocimiento de la pensión con la inclusión del 100% de la bonificación por servicios prestados que es competencia del juez administrativo y no del juez constitucional, quien protege derechos fundamentales.

Entonces, en respuesta a la pregunta que se formuló en este apartado, se debe decir con toda firmeza que la Resolución No. PAP 053912 de 19 de mayo de 2011, expedida en cumplimiento de un fallo de tutela no es un acto de ejecución sino un verdadero acto administrativo porque creó una situación jurídica particular que consistió en reconocer la bonificación por servicios prestados en el 100% al momento de liquidar la pensión del aquí demandado, obviamente que tal decisión obedeció al error en que incurrió el juez de tutela al disponerlo de esa manera sin consultar la ley.

Ahora bien, esta Corporación en reciente pronunciamiento y con ponencia de la suscrita, sobre la procedibilidad de impugnar los actos mediante los cuales se da cumplimiento a una sentencia de tutela, dijo:

“(...) A juicio de la tutelante las autoridades judiciales desconocieron el precedente jurisprudencial por el Consejo de Estado en el cual se ha determinado que los actos administrativos que se profieran en cumplimiento de una decisión judicial no gozan de inmunidad, sino que los mismos pueden ser valorados en sede jurisdiccional, cuando con ellos se transgredan derechos de las personas; aunado a ello, aseguró que se desconocieron los principios de la Ley 1437 de 2011 en la cual se ha previsto la prevalencia del derecho sustancial frente al procedimental.

Al respecto, se debe precisar que las autoridades judiciales accionadas realizaron un análisis de las pruebas allegadas al proceso y una interpretación acorde con las normas que rigen el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho, en donde se infirió que el Auto N° 108541 de 29 de noviembre de 2013, no era un acto de trámite sino un acto de ejecución, en el cual se había dado cumplimiento a la Sentencia T-568 de 2012 proferida por la Corte Constitucional.

La Sala debe precisar, que en efecto el Consejo de Estado en situaciones excepcionales ha previsto que los actos que se profieran en cumplimiento de una decisión, puedan ser cuestionados ante la jurisdicción, siempre y cuando el mismo vaya más allá de la orden impartida, es decir, que crea, modifica o extingue una situación diferente a la decisión adoptada.

Al respecto el órgano de cierre de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, ha previsto que:

*“(...) cabe advertir que, **por regla general**, según reiterada jurisprudencia de esta Corporación⁵, **los actos de ejecución que se dicten para el cumplimiento de una sentencia judicial o de una conciliación judicial debidamente aprobada, como sucede en este caso, no son actos administrativos definitivos, lo que excluye cualquier análisis o pronunciamiento de fondo en torno a éstos, salvo que la administración, al dar cumplimiento al fallo o al acuerdo conciliatorio, adopte decisiones que constituyan realmente actos administrativos en cuanto a su contenido, en desconocimiento de los mismos.***

*Es decir, respecto del acto de liquidación de una sentencia o de una conciliación judicial no proceden las acciones contenciosas ante esta Jurisdicción, dado que no se trata de actos administrativos definitivos, o sea, mediante los cuales se finalice una actuación administrativa o se impida su continuación, sino que son meros actos de cumplimiento o ejecución⁶, excepto que en ellos se establezcan puntos nuevos que creen o modifiquen situaciones jurídicas. Dicho de otro modo, **“[t]odo acto que se limite a generar el cumplimiento de la sentencia es un acto de ejecución. No obstante, si la administración al proferir el acto de ejecución se aparta del alcance del fallo, agregándole o suprimiéndole algo, resulta incuestionable que en el nuevo temperamento no puede predicarse que el acto sea de simple ejecución, pues nace un nuevo acto administrativo, y por lo mismo, controvertible judicialmente”** (...)⁸.*

⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 22 de julio de 2009, exp. 17.367, C.P. Ruth Stella Correa Palacio, en la que se reitera: Sección Primera: sentencias de 7 de febrero de 2008, exp. 11001-03-15-000-2007-01142-01(AC); 27 de julio de 2006, exp. 20001-23-31-000-2003-02048-01; 20 de septiembre de 2002, exp. 25000-23-24-000-2000-0321-01(7764), 21 de febrero de 2002, exp. 66001-23-31-000-1998-0378-01(7193), 26 de octubre de 2000, exp. No. 5967; 14 de septiembre de 2000, exp. 6314, 4 de septiembre de 1997, exp. 4598, 6 de marzo de 1999, exp. 3.939, y Auto de 19 de diciembre de 2005, exp. 25000-23-24-000-2004-00944-01; Sección Tercera: Sentencia de 9 de agosto de 1991, exp. 5934, auto de 7 de marzo de 2002, exp. 25000-23-26-000-1999-2525-01(18051), auto de 5 de abril de 2001, exp. 17.872. Y Sala Plena de la Corporación providencias de 31 de marzo de 1998, exp: C-381 y C-387 de 1998.

⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, auto de 5 de abril de 2001, exp. 17.872, C.P. Ricardo Hoyos Duque.

Ahora bien, debe precisarse que la anterior posición se encuentra acorde con lo señalado en el Auto proferido por el Consejo de Estado – Sección Segunda – Subsección A, de 17 de abril de 2013, radicado N° 05001 23 33 000 2012 00301 01 (0469-2013), M.P. Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, pues lo que hace es una claridad frente a la procedencia excepcional de una acción jurisdiccional para cuestionar el acto que da cumplimiento a la una decisión judicial, en este se refiere que:

*“(…) Es necesario subrayar que si bien esta Corporación ha expresado que los actos administrativos que dan cumplimiento a una decisión judicial son actos de ejecución (sic) y únicamente tendrían control jurisdiccional si suprimen o cambian lo ordenado por la providencia judicial, la verdad es que pese a la impropiedad de la nomenclatura del precedente, sustancialmente **lo que está es reconociendo cuál es el tema de controversia en esta clase de acciones, pero de ningún modo descartando ab initio la opción de control (…)**”.*

Así las cosas, la Sala encuentra que la decisión adoptada por las autoridades judiciales, de rechazar la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, se encuentra acorde con la línea pacífica del Consejo de Estado, pues tanto en primera como en segunda instancia se valoró la situación particular y se llegó a la conclusión de que el acto demandado había dado estricto cumplimiento a la Sentencia T-568 de 2012 proferida por la Corte Constitucional.”⁹

Como se observa de la jurisprudencia de esta Corporación, el medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho es procedente contra el

⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 9 de agosto de 1991, exp. n.° 5934, C.P. Julio César Uribe Acosta.

⁸ Consejo de Estado –Sección Tercera – Subsección B, Sentencia de 8 de febrero de 2012, Radicación numero: 15001-23-31-000-1997-17648-01(20689), M.P. Dra. Ruth Stella Correa Palacio

⁹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda – Subsección B. C.P.: Dra. SANDRA Lisset Ibarra Vélez. 24 de junio de 2015. Expe. 11001-03-15-000-2015-01215-00. Acción de Tutela.

acto por medio del cual la Administración da cumplimiento a una sentencia de tutela toda vez que en estos casos la entidad atiende la decisión contenida en ella y mediante la cual se protege el derecho fundamental que presuntamente se vulneró, sin embargo puede demandarlo cuando considera que la decisión del juez de tutela ordena atender situaciones que la ley no contempla, como por ejemplo incluir en la liquidación de la pensión un factor salarial en un porcentaje distinto al señalado en la norma que lo regula y lo que se pretende con este proceso es discutir por la Administración demandante en Nulidad y Restablecimiento “*Lesividad*” la validez de los actos administrativos enjuiciados.

Precisado lo anterior, se procede en seguida al estudio de la excepción formulada por la parte demandada.

Excepción de Cosa Juzgada Constitucional

Los argumentos que sustentan la excepción, se centran en señalar que el acto impugnado fue expedido en cumplimiento de una sentencia de tutela, la cual, no fue objeto de impugnación en su oportunidad por la Caja Nacional de Previsión Social y tampoco fue seleccionada por la Corte Constitucional para revisión, por tanto, no existe duda acerca del fenómeno de la cosa juzgada constitucional que tiene como consecuencia la inmutabilidad e intangibilidad del fallo para garantizar los derechos fundamentales a la seguridad jurídica y al principio de confianza legítima, pues, existe identidad de causa o hecho jurídico, identidad de objeto o pretensión e identidad de partes. En virtud de

lo anterior, no es posible impugnar la citada resolución ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

Pues bien, para la resolución de la excepción así formulada, se procederá al estudio de la cosa juzgada, de conformidad a lo que la Constitución Política y la Corte Constitucional señalan al respecto.

La Cosa Juzgada Constitucional

La Constitución Política de 1991, dispone que a la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución; así lo dispuso el constituyente en el artículo 241, que dice:

“Artículo 241. 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. Con tal fin, cumplirá las siguientes funciones:

(...)

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 (...).”

Por su parte, el artículo 243 de la Constitución Política dispone que los fallos que profiera la Corte Constitucional cuando ejerza el control jurisdiccional, hacen tránsito a cosa juzgada constitucional. Dice la norma:

“Artículo 243. Los fallos que la Corte Constitucional dicte en ejercicio del control jurisdiccional hacen tránsito a cosa juzgada constitucional.”

Ninguna autoridad podrá reproducir el contenido material del acto jurídico declarado inexecutable por razones de fondo, mientras subsista en la Carta las disposiciones que sirvieron para hacer la confrontación entre la norma ordinaria y la Constitución” (Se subrayó)

De las disposiciones superiores señaladas, se establece que la Corte Constitucional tiene como misión guardar la integridad y supremacía de la Constitución, pudiendo retirar del ordenamiento jurídico, a través de las demandas de inexecutable, aquellas normas que atenten, precisamente, contra esa condición, vale decir, la integridad y supremacía de la Constitución Política. Entonces, en desarrollo de esa función constitucional, la Corporación puede proferir fallos que hacen tránsito a cosa juzgada constitucional.

Igualmente, la Constitución Política señaló que la Corte Constitucional tiene como función revisar las decisiones que se profieran relacionadas con la acción de tutela de los derechos fundamentales, de acuerdo con lo señalados por el numeral 9º, del artículo 241, que dice:

“(…).

9º. Revisar, en la forma que determine la ley, las decisiones judiciales relacionadas con la acción de tutela de los derechos fundamentales”.

Ahora, sobre la cosa juzgada constitucional, la Corte Constitucional¹⁰ ha señalado lo siguiente:

“(...) Configuración de cosa Juzgada Constitucional. Reiteración de jurisprudencia

4. El artículo 241 Superior encarga la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución a la Corte Constitucional, y el artículo 243 Superior determina que “[L]os fallos que la Corte dicte en ejercicio del control jurisdiccional hacen tránsito a cosa juzgada constitucional”. De otra parte, el artículo 244 Superior le otorga a los pronunciamientos de este Tribunal un carácter inmutable, vinculante y definitivo, de manera que el juez constitucional no puede volver a conocer y decidir sobre lo resuelto. De esta manera, los pronunciamientos de la Corte Constitucional tienen carácter definitivo e inmutable, esto es, los cobija la figura jurídica de la cosa juzgada constitucional en desarrollo del principio de seguridad jurídica.^[3]

5. La cosa juzgada constitucional tiene como efecto, de un lado, la prohibición de que las autoridades puedan reproducir o aplicar el contenido material del acto jurídico declarado inexecutable por razones de fondo; y de otro lado, implica una restricción frente a la propia actividad de la Corte, ya que si este Tribunal se ha pronunciado sobre la constitucionalidad de una disposición jurídica, pierde *prima facie* la competencia para pronunciarse nuevamente sobre el mismo tópico, en armonía con lo dispuesto en el artículo 6º del Decreto 2067 de 1991.

Por tanto, la jurisprudencia de esta Corte ha establecido que en relación con las sentencias de constitucionalidad rige el principio general de la cosa juzgada constitucional absoluta, el cual impide que el juez se pronuncie de nuevo sobre lo que ya ha sido juzgado por esta Corporación en providencias anteriores de constitucionalidad. Este principio cobra mayor relevancia cuando se trata de decisiones de inexecutable, por cuanto en estos casos las normas analizadas y encontradas contrarias a la Carta Política son expulsadas del ordenamiento jurídico.

De esta manera, la figura jurídica de la cosa juzgada constitucional se orienta a garantizar la estabilidad de las sentencias judiciales, la *certeza*^[4] respecto de sus efectos, y la seguridad jurídica^[5].

¹⁰ Corte Constitucional. Sentencia C – 287 de 20 de mayo de 2014.

6. No obstante lo anterior, la jurisprudencia constitucional ha aceptado que en el caso de las declaraciones de inexequibilidad parcial o declaratorias de exequibilidad, puede presentarse el fenómeno de la cosa juzgada relativa, cuando el pronunciamiento se limita a uno o más cargos de inconstitucionalidad determinados, y por consiguiente, permite la presentación de nuevas demandas contra la misma disposición, por otros motivos o razones.

En este orden de ideas, la jurisprudencia constitucional ha diferenciado ampliamente entre las categorías conceptuales de *cosa juzgada absoluta, relativa, formal y material*[6]. Existe cosa juzgada absoluta *“cuando el pronunciamiento de constitucionalidad de una disposición, a través del control abstracto, no se encuentra limitado por la propia sentencia, es decir, se entiende que la norma es exequible o inexequible en su totalidad y frente a todo el texto Constitucional.”*[7] Por otro lado, existe cosa juzgada relativa cuando el juez constitucional limita en forma expresa los efectos de la decisión, dejando abierta la posibilidad para que en un futuro “se formulen nuevos cargos de inconstitucionalidad contra la norma que ha sido objeto de examen, distintos a los que la Corte ya ha analizado.”[8] En relación a esta última categoría, también se ha dicho que ésta puede presentarse de manera explícita, en aquellos eventos en los cuales los efectos de la decisión se limitan directamente en la parte resolutive, e implícita cuando tal hecho ocurre en forma clara e inequívoca en la parte motiva o considerativa de la providencia, sin que se haga mención alguna en la parte resolutive.[9]

De esta manera, le concierne al juez constitucional efectuar un análisis minucioso respecto de la norma acusada con el fin de poder establecer si sobre ella recae el fenómeno jurídico de la cosa juzgada constitucional, y si tal cosa juzgada es absoluta o relativa.

De otra parte, la Corte ha diferenciado entre la cosa juzgada material y la cosa juzgada formal.[10] En relación con esta diferenciación este Tribunal ha establecido que la cosa juzgada formal ocurre *“....cuando existe una decisión previa del juez constitucional en relación con la misma norma que es llevada posteriormente a su estudio”*[11] En contraposición, existe cosa juzgada material cuando existen dos disposiciones distintas que, sin embargo, tienen el mismo contenido normativo, de manera que frente a una de ellas existe ya un juicio de constitucionalidad por parte de este Tribunal.[12]

7. En síntesis, es de reiterar que: (i) el principio general es que las sentencias de la Corte hacen tránsito a cosa juzgada constitucional absoluta; (ii) las declaraciones de

inexequibilidad que hace la Corte, siempre hacen tránsito a cosa juzgada constitucional absoluta, por cuanto en estos casos las normas acusadas, analizadas y encontradas inconstitucionales por esta Corporación son expulsadas del ordenamiento jurídico, y por tanto, respecto de ellas no puede volver a entablarse ningún tipo de discusión o debate sobre su constitucionalidad; y (iii) no obstante lo anterior, en casos de inexequibilidad parcial o de exequibilidad, puede configurarse el fenómeno de la cosa juzgada constitucional relativa, en cuanto el pronunciamiento de la Corte respecto de un precepto normativo se hubiere restringido al análisis de ciertos cargos, dejando abierta la posibilidad a nuevas demandas contra el mismo enunciado normativo, pero por cargos disímiles a los ya analizados (...)

En pronunciamiento más reciente, la Corte Constitucional¹¹ refiriéndose al mismo tema, dijo lo siguiente:

“(...) De conformidad con el artículo 243 de la Constitución Política, las decisiones que adopte esta Corte en ejercicio de la acción de control de constitucionalidad de normas legales hacen tránsito a cosa juzgada constitucional, y en coherencia con lo anterior, los artículos 48 de la Ley 270 de 1996 y 21 del Decreto 2067 de 1991, así lo establecen. Según la jurisprudencia constitucional, en virtud de los efectos de cosa juzgada las decisiones de la Corte tienen fuerza vinculante y carácter inmutable, lo cual brinda seguridad jurídica, se garantiza la efectiva aplicación de los principios de igualdad y da consistencia a las decisiones de esta Corporación. La existencia de cosa juzgada genera la prohibición de volver a estudiar un determinado contenido normativo frente al mismo cargo constitucional ya examinado y la consecuente obligación de estarse a lo resuelto. Este efecto se produce tanto en virtud de una sentencia que declara la exequibilidad como en aquella que decide que la disposición es inexequible.

COSA JUZGADA CONSTITUCIONAL-Requisitos para su configuración

Existe cosa juzgada cuando concurren dos elementos: (i) que se proponga estudiar el mismo contenido normativo de una proposición jurídica ya estudiada en una sentencia anterior; y (ii) que se presenten las mismas

¹¹ Corte Constitucional. Sentencia C – 419 de 2 de julio de 2014

razones o cuestionamientos (esto incluye el referente constitucional o norma presuntamente vulnerada), analizados en ese fallo antecedente (...)"

Conforme a las decisiones de la Corte Constitucional que se han citado, la cosa juzgada prohíbe que las autoridades reproduzcan o apliquen el contenido material de un acto jurídico declarado inexecutable por razones de fondo; también es una forma de restringir la actividad de la Corte, pues, si ya hubo un pronunciamiento acerca de la executableidad o no de una norma jurídica, no puede hacer otro pronunciamiento sobre el mismo asunto. Lo anterior quiere decir que en estos casos ocurre la inmutabilidad e intangibilidad de los fallos.

En el caso sub examine, el demandado señor ALVARO RAMIRO CHAMORRO ARCOS argumentó en la formulación de la excepción de cosa juzgada constitucional que se presentan tres situaciones que hacen que la sentencia del Juez Tercero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Pasto, no pueda ser modificada a través del presente proceso. La primera de ellas tiene relación con la identidad de causa o hecho jurídico, ya que se trata de la reliquidación del porcentaje de la bonificación por servicios prestados en la pensión; la segunda, se refiere a la identidad de objeto o pretensión, pues, en la tutela se buscaba la protección de los derechos fundamentales conculcados por Cajanal por no liquidar en debida forma la pensión de vejez, y en este caso, se busca la anulación del acto administrativo que dio cumplimiento a la orden judicial; y, una tercera situación alude al hecho de que en los dos procesos hay identidad de partes (fl. 520).

Fundamentó la excepción de cosa juzgada constitucional en la Sentencia T-649 de 2011 de la Corte Constitucional¹², en la que se dijo:

“Las sentencias de tutela por medio de las cuales se dirime la cuestión de la existencia de una amenaza o violación de un derecho fundamental tienen, como uno de sus efectos principales el de constituir cosa juzgada. De acuerdo con la jurisprudencia, este fenómeno ocurre cuando la Corte Constitucional adquiere conocimiento de los fallos de tutela adoptados por los jueces de instancia, y decide excluirlos de revisión o seleccionarlos para su posterior confirmatoria o revocatoria.

Cuando acaece alguno de los dos eventos mencionados, la declaratoria de no selección o la revisión del fallo, opera el fenómeno de la ejecutoria formal y material de la tutela, que hace inmutable la providencia adoptada, salvo en el excepcional caso de que la misma Corte Constitucional decida anular la sentencia.

Consiente la Corte de que sus pronunciamientos no son infalibles, pero que también entre la seguridad jurídica y la protección de los derechos fundamentales no puede dar lugar a la incertidumbre perpetua respecto de la adjudicación de bienes, recursos y derechos, se hace necesario establecer un momento procesal de cierre en el sistema jurídico que, en este caso, no es otro que el de la decisión de la Corte Constitucional respecto de una determinada tutela (...).”

Teniendo en cuenta lo expresado anteriormente, se procede ahora al análisis de cada uno de los elementos propuestos en la formulación de la excepción y con ello determinar si en este caso dichos presupuestos tienen ocurrencia en el sub lite para que se presente la cosa juzgada constitucional.

¹² Corte Constitucional. Sentencia T – 649 de 2011.

1) Identidad de Causa

Según el demandado, la identidad de causa es el hecho jurídico, dado que se trata de la reliquidación del porcentaje de la bonificación por servicios prestados debatido en sede constitucional y en presente proceso.

Sobre este punto se debe precisar que no se trata del mismo hecho jurídico toda vez que en la acción de tutela se persiguió la protección de los derechos fundamentales como el derecho de petición y con ello obtener la inclusión del 100% de la bonificación por servicios prestados en la liquidación de la pensión, pues, ya había un pronunciamiento del Juez Segundo de Ejecución de Penas y Mediad de Seguridad de Pasto, de fecha 18 de noviembre de 2004, en el cual se declaró a la Caja Nacional de Previsión Social como transgresora de los derechos fundamentales al debido proceso, seguridad social, igualdad, mínimo vital y protección de las personas de la tercera edad; y la consecuencia fue ordenarle que reajustara la pensión del demandado aplicando los Decretos 546 de 1971 y 717 de 1978, es decir, que la pensión debía corresponder al 75% de la asignación más alta que hubiere devengado en el año 2004, incluyendo la prima especial y las doceavas partes correspondientes a bonificación por servicios, primas de servicios, navidad, vacaciones y demás que hubiere devengado.

En este orden de ideas, se establece que el tema relacionado con el porcentaje de la bonificación por servicios ya había sido resuelto con

anterioridad al fallo del Juez Tercero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad, pues, en el fallo del Juez Segundo de la misma especialidad, se consignó que era el 75% y no el 100% como se resolvió posteriormente (fl. 62).

En conclusión sobre este punto, no existe identidad de objeto por cuanto en la acción de tutela el hecho se originó en la protección de derechos fundamentales presuntamente violados con el reconocimiento de la pensión de vejez, mientras que en este caso el hecho lo origina la inclusión de la bonificación por servicios prestados en el 100% en la liquidación de la pensión, cuando la normatividad que la regula dispone que solo se debe incluir una doceava parte.

2. Identidad de objeto

Dice el demandado que tanto en la acción de tutela como en este proceso, se trata de la misma pretensión.

En la acción de tutela se buscó la protección de derechos fundamentales y el juez terminó accediendo a protegerle al demandado el derecho de petición y ordenó el reconocimiento del 100% en el monto de la pensión de vejez. En el proceso ordinario que se analiza, la pretensión es diferente toda que se pide la declaratoria de nulidad de un acto administrativo con el cual se cumplió una orden equivocada del juez de tutela, pues, sin tener en cuenta las normas que regulan la bonificación por servicios prestados ordenó a Cajanal

que la incluyera en el 100%, siendo lo legal en una doceava parte. En conclusión sobre este punto tampoco ocurre el supuesto para que se presente la identidad de objeto.

3. Identidad de Partes.

Sobre este aspecto, no cabe duda acerca de que las partes son las mismas en la acción de tutela y en el medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho de la referencia. Tanto en la tutela como este medio las partes están conformadas por la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección que sucedió a la Caja Nacional de Previsión Social cuando esta fue liquidada, lo mismo que el demandante en la acción de tutela fue el señor ALVARO RAMIRO CHAMORRO ARCOS como parte demandante y aquí oficia como demandado.

Se debe precisar que para la ocurrencia de la cosa juzgada, los tres elementos deben ser concurrentes, estos es, que tienen que estar probados en el proceso, pues, la ausencia de cualquier de ellos no hace que prospere la figura.

Finalmente, se tiene que decir que el demandado también sustenta la solicitud de la cosa juzgada constitucional en la Sentencia T – 218 de 2011,

la cual se transcribió¹³ en el escrito de la contestación de la demanda de manera extensa. En resumen esta providencia alude al hecho de que una vez terminados definitivamente los procedimientos de selección y revisión de las sentencias de tutela, éstas se tornan inmutables y definitivamente vinculantes. Así, como en el presente caso la acción de tutela presentada por el señor ALVARO RAMIRO CHAMORRO ARCOS, no fue seleccionada por la Corte Constitucional para ser revisada, la decisión allí adoptada se convierte en intangible e inmutable.

Se comparte el argumento señalado en la citada sentencia T – 218 de 2012; Sin embargo, en situaciones como la que ocurre en este caso, donde se observa el error craso del Juez Tercero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Pasto que ordenó incluir el 100% de la bonificación por servicios prestados en el ingreso base de liquidación de la pensión de vejez, lo cual es abiertamente contrario a la ley, la regla contenida en la sentencia citada, no puede ser absoluta, ya que toda norma tiene su excepción. Y en este caso, precisamente, la excepcionalidad resulta del hecho de no aplicarse en debida forma la ley que regula el reconocimiento de la bonificación por servicios prestados y la parte que corresponde incluir en la pensión, ya que no puede ser en su totalidad sino en una doceava parte.

Por lo analizado en precedencia la decisión del Tribunal Administrativo de Nariño por medio de la cual negó la excepción de cosa juzgada constitucional presentada por el demandado, se deba confirmar.

¹³ Ver folios 521 a 522

Por lo anteriormente expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda – Subsección B,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la decisión adoptada por el Tribunal Administrativo de Nariño en la Audiencia Inicial llevada a cabo el 30 de enero de 2014, en el proceso de Nulidad y Restablecimiento del Derecho adelantado por la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social – U.G.P.P. contra el señor ALVARO RAMIRO CHAMORRO ARCOS, que no prosperó la excepción de cosa juzgada constitucional, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia, en la cual no prosperó la excepción.

SEGUNDO: Por la Secretaría de la Subsección devuélvase el proceso al Tribunal Administrativo de Nariño para que continúe su trámite y déjense las constancias de rigor.

Aprobado en la sesión de la fecha.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

SANDRA LISSET IBARRA VELEZ

Consejera

GERARDO ARENAS MONSALVE

Consejero

SLIV/jjcp