



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ
DESPACHO No. 6
MAGISTRADO PONENTE OSCAR ALFONSO GRANADOS NARANJO

Tunja, 10 7 MAR 2017.

Demandante	Unidad de Gestión Pensional y Parafiscales
Demandado	Omaira Córdoba Montaña
Expediente	15001233300020140030100
Medio de control	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Tema	Auto resuelve solicitud de medida cautelar

I. ASUNTO

Visto el informe secretarial que antecede (fl. 29), procede el Despacho a resolver la solicitud de medida cautelar, formulada por el apoderado de la parte demandante, consistente en la suspensión provisional de la Resolución No. 41543 del 18 de agosto de 2006, por medio de la cual la extinta CAJANAL, reconoció la pensión gracia a la demandada, con la inclusión de los factores salariales devengados en el último año de servicios, previos los siguientes:

II. ANTECEDENTES

1. De la solicitud y trámite de la medida cautelar

El apoderado de la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional de Contribuciones Parafiscales-UGPP, en ejercicio del medio de control de nulidad y restableciendo del derecho previsto en el artículo 138 del CPACA, pretende se declare la nulidad de la Resolución No. 41543 del 18 de agosto de 2006, por medio de la cual, la extinta CAJA NACIONAL DE PREVISION SOCIAL-CAJANAL, reconoció la pensión gracia a la señora OMAIRA CÓRDOBA MONTAÑA.

Junto con el escrito de la demanda, la parte demandante solicita la suspensión provisional de los efectos del acto administrativo que aquí se demanda, por violación de normas legales, así como por desconocer los lineamientos jurisprudenciales que sobre la materia se han proferido.

Teniendo en cuenta lo anterior, y conforme lo establecido en el artículo 233 de la Ley 1437 de 2011, mediante auto de fecha 21 de noviembre de 2014,



Demandante: Unidad de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales
Demandados: Omaira Córdoba Montaña
Expediente: 150012333000201400301-00
Nulidad y Restablecimiento del Derecho

se ordenó correr traslado de la solicitud de medida cautelar por el término de cinco (5) días a la señora OMAIRA CÓRDOBA MONTAÑA a efectos que se pronunciara sobre la misma.

2. Fundamento de la solicitud de medida cautelar

Como argumentos que soportan la solicitud de medida cautelar, indicó el apoderado de la entidad demandante que la Resolución No. 41543 de 18 de agosto de 2006, por medio de la cual se reconoció la pensión gracia a la demandada, contraría el orden público, así como la estabilidad del sistema; adicionalmente desconoce la normatividad aplicable, así como la jurisprudencia que sobre la materia se ha proferido.

Afirmó que este reconocimiento ilegal le ha causado un detrimento económico a la Nación y que el daño se produce desde el momento en que la demandada recibe el pago del retroactivo correspondiente en razón del cumplimiento al fallo proferido por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Ciénega (Magdalena), por cuanto es un reconocimiento que no se hizo con aplicación al régimen legal que rige la materia.

3.- Respuesta de la parte demandada

Dentro del término de traslado de la solicitud de medida cautelar, a través de apoderado, la demandada se opuso a la medida cautelar solicitada por considerar que la solicitud no cumple la condición relativa a ser formulada en escrito separado tal como lo precisa el inciso 1º del artículo 231 del C.P.A.C.A.

Señaló así mismo que dicha solicitud no indica las normas superiores invocadas como violadas y el solicitante omitió entregar los elementos mínimos para el análisis, confrontación y estudio al limitarse a indicar que el acto viola leyes sin precisar cuáles de las normas que a él se incorporan fueron objeto de vulneración.

En igual sentido precisó que no se aportaron pruebas que condujeran a considerar que la negativa de su procedencia fuere más gravosa para el interés público que concederla, o que se está ante un perjuicio irremediable para la entidad demandante o un posible efecto nugatorio de la sentencia aunque las pretensiones prosperaran.

Sostuvo que el fallo de tutela proferido por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Ciénega hizo tránsito a cosa juzgada, inmutable e inmodificable, por lo que el acto administrativo enjuiciado no riñe con el ordenamiento jurídico en la medida en que se trata de un acto de ejecución de orden judicial.



Demandante: Unidad de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales
Demandados: Omaira Córdoba Montaña
Expediente: 150012333000201400301-00
Nulidad y Restablecimiento del Derecho

31

Concluyó solicitando que se niegue el decreto de la medida cautelar solicitada.

III. CONSIDERACIONES

1. De las medidas cautelares en el procedimiento contencioso administrativo:

Las medidas cautelares dentro del proceso contencioso administrativo se encuentran previstas y reguladas en los artículos 229 y siguientes del C.P.A.C.A., y se constituyen en un instrumento de la garantía efectiva y material de acceso a la administración de justicia que busca evitar que la duración del proceso afecte a quien acude a la Jurisdicción en procura de solucionar una determinada controversia¹.

Una de tales medidas cautelares es la suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos, que se reconoce como una excepción a la presunción de legalidad que ampara las decisiones de la administración, en los eventos de infringir las normas superiores en que deben fundarse. En efecto, la suspensión provisional, es una medida cautelar en virtud de la cual, pueden suspenderse transitoriamente los efectos de un acto administrativo.

Dicha medida cautelar encuentra soporte constitucional en el artículo 238, que establece que la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo "(...) podrá suspender provisionalmente por los motivos y con los requisitos que establezca la ley, los efectos de los actos administrativos que sean susceptibles de impugnación por vía judicial".

Frente a los requisitos para que proceda la suspensión del acto administrativo acusado, el artículo 231 de del C.P.A.C.A., establece:

"Artículo 231. Requisitos para decretar las medidas cautelares. Cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo, la suspensión provisional de sus efectos procederá por violación de las disposiciones invocadas en la demanda o en la solicitud que se realice en escrito separado, **cuando tal violación surja del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud.** Cuando adicionalmente se pretenda el restablecimiento del derecho y la indemnización de perjuicios deberá probarse al menos sumariamente la existencia de los mismos.

En los demás casos, las medidas cautelares serán procedentes cuando concurren los siguientes requisitos:

1. **Que la demanda esté razonablemente fundada en derecho.**

¹ Consejo de Estado. Sección Tercera, providencia de 13 de mayo de 2015, Expediente No. 2015-00022, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.



Demandante: Unidad de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales
Demandados: Omaira Córdoba Montaña
Expediente: 150012333000201400301-00
Nulidad y Restablecimiento del Derecho

2. Que el demandante haya demostrado, así fuere sumariamente, la titularidad del derecho o de los derechos invocados.

3. Que el demandante haya presentado los documentos, informaciones, argumentos y justificaciones que permitan concluir, mediante un juicio de ponderación de intereses, que resultaría más gravoso para el interés público negar la medida cautelar que concederla.

4. Que, adicionalmente, se cumpla una de las siguientes condiciones:

- a) Que al no otorgarse la medida se cause un perjuicio irremediable, o
- b) Que existan serios motivos para considerar que de no otorgarse la medida los efectos de la sentencia serían nugatorios". (Destacado por el Despacho).

En tal sentido, la suspensión provisional de los efectos del acto administrativo por violación de las disposiciones invocadas en la demanda o en la respectiva solicitud, "cuando tal violación surja del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud", encuentra su fundamento en la necesidad de proteger provisionalmente la legalidad, hasta tanto se profiera una decisión definitiva.

Respecto a los criterios que han de ser tenidos en cuenta al momento de estudiar una solicitud de medida cautelar, la Sala Plena del Consejo de Estado en providencia de 17 de marzo de 2015², señaló:

"(...) La doctrina también se ha ocupado de estudiar, en general, los criterios que deben tenerse en cuenta para el decreto de medidas cautelares, los cuales se sintetizan en **el fumus boni iuris y periculum in mora**. **El primero**, o apariencia de buen derecho, se configura cuando el Juez encuentra, luego de una apreciación provisional con base en un conocimiento sumario y juicios de verosimilitud o probabilidad, la **posible existencia de un derecho**. **El segundo**, o perjuicio de la mora, exige la comprobación de **un daño ante el transcurso del tiempo y la no satisfacción de un derecho**

(...)

"Para el estudio de la procedencia de esta cautela se requiere una **valoración del acto acusado** que comúnmente se ha llamado **valoración inicial**, y que implica **una confrontación de legalidad de aquél con las normas superiores invocadas, o con las pruebas allegadas junto a la solicitud**. Este análisis inicial permite abordar el objeto del proceso, la discusión de ilegalidad en la que se enfoca la demanda, **pero con base en una aprehensión sumaria, propia de una instancia en la que las partes aún no han ejercido a plenitud su derecho a la defensa**. Y esa valoración inicial o preliminar, como bien lo contempla el inciso 2º del artículo 229 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, **no constituye prejuzgamiento**, y es evidente que así lo sea, dado que su resolución parte de un conocimiento sumario y de un estudio que, si bien permite efectuar interpretaciones normativas o valoraciones iniciales, no sujeta la decisión final (...)" (Destacado por el Despacho).

² Consejera Ponente: Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez, Expediente núm. 2014-03799.



Demandante: Unidad de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales
Demandados: Omaira Córdoba Montaña
Expediente: 150012333000201400301-00
Nulidad y Restablecimiento del Derecho

32

Posteriormente, en providencia de 13 de mayo de 2015³, el Consejo de Estado, indicó:

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

En tal sentido, conforme a la jurisprudencia del Consejo de Estado, en el examen de procedibilidad de la medida solicitada, deberá verificarse la concurrencia de los elementos tradicionales que ameritan la imposición de la cautela, a saber: (i) *fumus boni iuris*, o apariencia de buen derecho, (ii) *periculum in mora*, o perjuicio de la mora, y, (iii) la ponderación de intereses.

2. Del caso concreto

A efectos de resolver la solicitud de suspensión provisional del acto acusado Resolución No. 41543 del 18 de agosto de 2006, el Despacho encuentra probados los siguientes hechos:

- Mediante escrito del 18 de abril de 2001, la demandada solicitó ante Cajanal el reconocimiento y pago de una pensión mensual vitalicia de jubilación gracia, la cual le fue negada mediante Resolución N° 22401 del 21 de septiembre de 2001 (fls. 34 a 54).
- Dicho acto fue confirmado mediante la Resolución N° 2131 del 11 de abril de 2002 que desató el recurso de apelación contra la misma (fls. 66 a 70).
- La demandada incoó acción de tutela en contra de la Caja Nacional de Previsión Social solicitando el reconocimiento de su pensión gracia, obteniendo fallo favorable del 7 de abril de 2006 proferido por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Ciénega (fls. 78 a 104).
- En cumplimiento de dicho fallo de tutela, mediante Resolución N° 41543 del 18 de agosto de 2006, la entidad demandante reconoció en favor de la demandada el derecho a la pensión gracia en cuantía de

³ Consejo de Estado Sección Tercera. C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Exp. No. 2015-00022.



Demandante: Unidad de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales
Demandados: Omaira Córdoba Montaña
Expediente: 150012333000201400301-00
Nulidad y Restablecimiento del Derecho

\$1.118.616,96 efectiva a partir del 25 de diciembre de 1999 (fls. 110 a 114).

En tal virtud, el debate jurídico que debe resolver el Despacho en el presente asunto, tiene que ver con si a la luz de la normatividad vigente para la época de expedición de la Resolución No. No. 41543 de 18 de agosto de 2006, resulta procedente el reconocimiento de la pensión gracia por haber laborado 20 años al servicio docente en condición de docente nacional, o si por el contrario, en dicha condición debía negarse el reconocimiento pensional.

En primer orden, de acuerdo con la Ley 114 de 1913, la pensión gracia es una prestación especial que se otorgó a los maestros de escuelas primarias oficiales que cumplieran con los requisitos establecidos en el artículo 4 ibídem. En efecto, indica la norma:

“Artículo 4. Para gozar de la gracia de la pensión será preciso que el interesado compruebe:

- 1. Que en los empleos que ha desempeñado se ha conducido con honradez y consagración.*
- 2. (Derogado por la Ley 45 de 1931).*
- 3. Que no ha recibido ni recibe actualmente otra pensión o recompensa de carácter nacional. Por consiguiente, lo dispuesto en este inciso no obsta para que un Maestro pueda recibir a un mismo tiempo sendas pensiones como tal, concedidas por la Nación o por un Departamento.*
- 4. Que observe buena conducta. (Derogado artículo 8 Ley 45 de 1931)*
- 5. Que ha cumplido cincuenta años, o que se halla en incapacidad por enfermedad u otra causa, de ganar lo necesario para su sostenimiento”.*

En éste contexto, y al ser la pensión gracia una prestación de carácter especial se debe observar lo dispuesto en la Ley 4 de 1966 y su Decreto Reglamentario 1743 de la misma anualidad, que indican que su liquidación debe hacerse tomando como base el promedio mensual de los salarios obtenidos en el último año de servicios.

De conformidad con las leyes antes citadas, han tenido derecho al reconocimiento y pago de la pensión gracia, los maestros de enseñanza primaria oficial, empleados y profesores de escuelas normales e inspectores de instrucción pública y maestros que hubieran completado los servicios en establecimientos de enseñanza secundaria, prestación a la que, a partir de la sentencia de 26 de agosto de 1997 del Consejo de Estado⁴, sólo acceden aquellos docentes que hubieran prestado los servicios en planteles municipales, distritales o departamentales, más **no tienen derecho a ella, aquellos que hubieran servido en centros educativos de carácter nacional.**

⁴ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 26 de agosto de 1997, Ref. S699, C.P. Dr. Nicolás Pájaro Peñaranda.



Demandante: Unidad de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales

Demandados: Omaira Córdoba Montaña

Expediente: 150012333000201400301-00

Nulidad y Restablecimiento del Derecho

33

En el mismo sentido, el artículo 15, numeral 2º, literal a) de la Ley 91 de 1989, consagra que los docentes vinculados hasta el 31 de diciembre de 1980, que por mandato de las Leyes 114 de 1913, 116 de 1928, 37 de 1933 y demás normas que las hubieran desarrollado o modificado, tuvieren o llegaren a tener derecho a la pensión gracia, se les continuará reconociendo siempre que cumplan la totalidad de los requisitos.

Así las cosas, para acceder a la pensión gracia, además del cumplimiento de la edad, es necesario acreditar los requisitos expresamente señalados en el artículo 4º de la Ley 114 de 1913, es decir, que en el empleo se haya desempeñado con honradez, consagración y buena conducta, que no haya recibido ni reciba actualmente otra pensión o recompensa de carácter nacional, y que acredite 20 años de servicio en planteles educativos del orden municipal, distrital o departamental.

Traídos los anteriores planteamientos al caso concreto, se observa que para el reconocimiento de la pensión gracia en su favor, la señora Omaira Córdoba Montaña acreditó haber laborado al servicio de la educación como docente de básica secundaria de tipo **nacional**, desde el 1º de junio de 1977 hasta el 31 de diciembre de 1999 (fls. 39 a 42).

Dichos tiempos fueron tenidos en cuenta por la Caja Nacional de Previsión Social al reconocer la pensión gracia en su favor, lo cual se hizo mediante la Resolución N° 41543 del 18 de agosto de 2006 proferida en cumplimiento del fallo del 7 de abril de 2006 proferido por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Ciénaga (Magdalena).

En relación con el reconocimiento de la pensión gracia a docentes que no acrediten tiempo de vinculación como docentes nacionalizados, sino nacionales, el Consejo de Estado⁵ ha señalado lo siguiente:

“Por eso aunque el artículo 15 numeral 2.º literal a) de la Ley 91 de 1989 utilice solo la palabra “docentes”, no puede olvidarse que se refiere a quienes “tuviesen o llegaren a tener derecho a la pensión gracia”, y estos son solo los que hubiesen laborado en el orden territorial conforme a las normas que le dieron origen a esta prestación.

Ahora bien, el demandante en el recurso de apelación solicitó variar la posición que asumió la Sala Plena de lo Contencioso en la sentencia S-699 de 1997, toda vez que en su sentir los docentes nacionales si tienen derecho a la pensión gracia. Al respecto, la Sala considera que no se encuentran argumentos que justifiquen el cambio jurisprudencial, pues como tantas veces se ha manifestado el numeral 3.º del artículo 4.º de la Ley 114 de 1913, es claro al prescribir que para gozar de la gracia de la pensión, es preciso que el

⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 7 de abril de 2016, Rad: N° 13001-23-33-000-2013-00022-01(1291-14), C.P. Dr. William Hernández Gómez.



Demandante: Unidad de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales
Demandados: Omaira Córdoba Montaña
Expediente: 150012333000201400301-00
Nulidad y Restablecimiento del Derecho

interesado, entre otras cosas, compruebe que no ha recibido ni recibe otra pensión o recompensa de carácter nacional. Criterio éste que ha sido reiterado en múltiples oportunidades y en el cual se ha señalado expresamente lo siguiente:

“...La ley 91 de 1989, “Por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio”, al abordar el tema atinente a las pensiones quiso dejar a salvo, en relación con la pensión gracia, a los docentes del nivel territorial vinculados hasta el 31 de diciembre de 1980 que emprendieron el proceso de nacionalización. Consideró el legislador que tales personas, por haber tenido durante largos años de modesta remuneración la expectativa de gozar de ese beneficio deberían tener, en justicia, derecho a él y, por ende, decidió establecer una excepción consistente en que sólo para ellos podría ser compatible la pensión gracia con la pensión ordinaria de jubilación, aún en el evento de que esta se encontrara a cargo total o parcial de la Nación. No cabe duda de que el legislador quiso crear la situación excepcional comentada en favor de los docentes del nivel territorial pues la fecha límite de vinculación de docentes (31 de diciembre de 1980) a los cuales se les permitiría la compatibilidad de la pensión gracia con la pensión ordinaria de jubilación es la misma en la cual culminó el proceso de nacionalización de los docentes de educación primaria y secundaria, emprendido por la Ley 43 de 1975. El legislador entendió con meridiana claridad que sólo los docentes del nivel territorial podían ser beneficiarios de la pensión gracia, pues sólo en su favor, por haber emprendido el proceso de nacionalización, se estableció el régimen excepcional aludido. La probada vinculación de la actora a una entidad educativa del nivel nacional y la circunstancia de que la excepción del literal A del numeral 2, del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, sólo puede ser aplicada a los docentes nacionalizados, vinculados hasta el 31 de diciembre de 1980, excluye la aplicación de dicha norma al caso objeto de examen.” 5 (Resalta y Subraya la Sala)

Por consiguiente, es con fundamento en la norma antes citada que la pensión gracia no puede reconocerse a favor de los docentes nacionales, como quiera que es indispensable que el docente no esté pensionado y que no reciba retribución alguna por parte de la Nación.”

En consecuencia, observa el Despacho que en efecto, conforme a la legislación aplicable al asunto y a la jurisprudencia antes citada, los tiempos laborados por la señora Omaira Córdoba Montaña como docente nacional no debieron ser tenidos en cuenta a efectos del reconocimiento de la pensión gracia, por lo que se deduce que el acto que efectuó el reconocimiento en tales condiciones se contrapone a los postulados jurídicos que establecen los requisitos para dicha pensión, y consecuentemente, es del caso acceder al decreto de la medida solicitada.

Al respecto, el Despacho encuentra que en el presente asunto por ser el acto acusado resultado del cumplimiento de una acción de tutela, antes de entrar a confrontarlo con las normas invocadas como violadas en la demanda, para efectos de resolver de fondo la medida cautelar solicitada, deben esclarecerse aspectos procesales sumamente relevantes como lo son: i) la naturaleza de los actos de ejecución de sentencias y la competencia de la jurisdicción contencioso administrativa para juzgar dichas decisiones, y ii) la cosa juzgada constitucional, veamos:



Demandante: Unidad de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales
Demandados: Omaira Córdoba Montaña
Expediente: 150012333000201400301-00
Nulidad y Restablecimiento del Derecho

34

a) Naturaleza de los actos de ejecución de sentencias y la competencia de la Jurisdicción Contencioso Administrativa para juzgar dichas decisiones:

Si bien es cierto en reiteradas sentencias del órgano cierre de esta jurisdicción, se ha señalado que los actos de ejecución de sentencias no son enjuiciables, también lo es que según la jurisprudencia del Consejo de Estado, vigente en este momento, cualquier acto administrativo de ejecución o trámite, contiene elementos sustanciales que lo tornan demandable ante esta jurisdicción, **cuando reconoce derechos nuevos**⁶.

En este caso, no puede pasar por alto esta instancia que el fallo de tutela que reconoció el derecho a la pensión gracia de la demandada, y por el cual se expidió el acto administrativo acusado en cumplimiento a la referida orden del Juez Constitucional, deviene de una decisión que no se ajusta a la legalidad, como lo reconoció la Corte Constitucional⁷, además de respaldarse en una indebida interpretación, la cual no se encuentra ajustada a derecho. Por tanto, al acatar tal determinación la administración creó un derecho nuevo y en tal virtud, está facultada para promover la acción de lesividad, en procura de obtener que se subsane dicho yerro.

Sobre este punto, recientemente se pronunció la máxima corporación de lo contencioso administrativo⁸, así:

“Se observa que el acto administrativo demandado, Resolución No. 41581 de 22 de agosto de 2006, proferida por CAJANAL EICE en liquidación, es producto de una orden impartida por un juez de tutela, por lo que es importante traer a colación lo precisado por la Sala en relación a cuando se demandan ante la jurisdicción de lo contencioso administrativa, actos como éste:

“(…) Aunque resulta probado que la resolución objeto de controversia tiene la connotación de un acto de ejecución, debido a que fue proferida en cumplimiento de una sentencia, es claro que la misma fue impartida en un trámite de tutela, que resulta ser de distinta naturaleza a la acción ordinaria, lo cual hace que sea posible interponer una acción de nulidad y restablecimiento del derecho, ante la jurisdicción contenciosa, quien es competente para estudiar la legalidad de los actos administrativos”.⁹

En virtud de lo anterior, **es posible demandar** ante la jurisdicción de lo contencioso administrativa en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, aquellos **actos administrativos proferidos en**

⁶ En similar sentido se pronunció el Consejo de Estado en sentencia de 7 de abril de 2011. CP. Dr. Alfonso Vargas Rincón. Exp No. 25000-23-25-000-2010-00152-01 (1495-2010).

⁷ Sentencia T – 218 de 20 de marzo de 2012. MP. Dr. Juan Carlos Henao Pérez. Allí se refirió a una sentencia proferida en diciembre del año 2006 por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Magangue (Bolívar) en la que reconoció por vía de tutela a varios docentes pensión de jubilación gracia, sin cumplir los requisitos legales y jurisprudenciales.

⁸ Auto de fecha 25 de junio de 2015, MP. Dr. Gerardo Arenas Monsalve. Radicación No. 25000-23-25-000-2011-00246-01(1047-13).

⁹ Auto Interlocutorio de 14 de febrero de 2013. Ref. 2634-2011. M.P. Gerardo Arenas Monsalve



Demandante: Unidad de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales

Demandados: Omaira Córdoba Montaña

Expediente: 150012333000201400301-00

Nulidad y Restablecimiento del Derecho

cumplimiento de un fallo de tutela y solicitar la suspensión de los mismos como medida cautelar.” (Resaltado del Despacho)

b) La cosa juzgada constitucional:

Tampoco desconoce el Despacho que sobre la sentencia emitida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Ciénaga (Magdalena) podría pensarse *prima facie* que recae el principio de cosa juzgada constitucional.

No obstante lo anterior, dicha sentencia de tutela constituye una decisión apenas formal, que perfectamente resulta discutible en sede judicial, esto es, ante el juez natural de la causa, en este caso el contencioso administrativo, que es el Juez competente y natural para dirimir la controversia materia de la presente Litis.

Lo anterior si se tiene en cuenta que, en últimas lo que se debe determinar es si a la señora Omaira Córdoba Montaña le fue reconocida dicha prestación con sujeción a las normas que regulan la materia y desde luego al precedente judicial como el dispuesto por el órgano vértice de esta jurisdicción y el de la H. Corte Constitucional; o dicho en otras palabras, si le asiste el derecho al reconocimiento o no a la pensión de jubilación de gracia, pero ello debió acontecer en el escenario natural y propio, esto es, a través de un proceso contencioso administrativo que conociera la misma jurisdicción, y no por medio de una acción de tutela mecanismo excepcional y transitorio, incluso así se haya determinado de manera definitiva, o que por omisión se haya soslayado.

Esto en la medida en que la demandante en sede de tutela, disponía de otros medios de defensa judicial para obtener el derecho prestacional – pensión de jubilación gracia-. Por tanto, el recurso de amparo se tornaba improcedente, a menos que lo solicitara como mecanismo transitorio para evitar la consumación de un perjuicio irremediable, circunstancia que no ocurrió en el sub lite, o por lo menos de ello no obra prueba en el expediente.

A contrario sensu, se otorgó el amparo, desconociendo la naturaleza subsidiaria de la acción u omitiendo decirlo explícitamente. Esta falencia permite que el acto administrativo sea revisado por el juez contencioso, tal como lo advirtió el Consejo de Estado:

“En el sub judice, el acto administrativo contenido en la resolución, a través del cual Cajanal reconoció y ordenó la reliquidación de la pensión de jubilación, ineluctablemente es revisable mediante la acción de nulidad y restablecimiento del derecho ante la jurisdicción contenciosa administrativa, el juez natural y competente para decidir el derecho en ciernes, lo que indica que la tutela impetrada debió concederse bajo las segundas de las premisas antes indicadas, es decir como un mecanismo transitorio.”



Demandante: Unidad de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales
Demandados: Omaira Córdoba Montaña
Expediente: 150012333000201400301-00
Nulidad y Restablecimiento del Derecho

35

Nótese que, en un caso de similares contornos al aquí analizado, esto es, al reconocimiento de pensión gracia a través del mecanismo excepcional de tutela de docentes que no reunían los requisitos legales¹⁰¹¹, la H. Corte Constitucional en sentencia T- 218 de 2012, tuvo la oportunidad de pronunciarse en sede de revisión de los fallos dictados por el Consejo Seccional de la Judicatura de Cundinamarca, Sala Jurisdiccional Disciplinaria, el 29 de octubre de 2009, y por el Consejo Superior de la Judicatura, el 3 de diciembre de 2009, proceso que se adelantó con miras a que la entidad accionada – CAJANAL- incluyera en nómina de pensionados a varias personas beneficiadas con una decisión del Juzgado Segundo Civil del Circuito de Magangué – Bolívar.

Fíjese como en la aludida sentencia en sede de revisión emitida por la Corte Constitucional, luego de dejar sentado que no desconocía el principio de cosa juzgada constitucional sobre el fallo emitido por el Juez Segundo Civil del Circuito de Magangué (Bolívar), sostuvo que, por dicha circunstancia **“no puede entrar a controvertir tal sentencia, lo cierto es que sí puede – y debe – analizar la validez de ese título dentro del conjunto de la causa que se expuso anteriormente y que gira en torno al cumplimiento de una decisión judicial y al acceso a la administración de justicia.”** (Negrillas fuera de texto)

Más adelante señaló la alta Corporación:

“Así las cosas, es claro que la providencia que los demandantes pretendían materializar a través de una nueva acción de tutela fue considerada espuria por las referidas autoridades disciplinarias. A esa misma conclusión llegó la Corte Constitucional al analizar el material probatorio de la presente causa, que no da lugar a dudar de la configuración de un fraude para intentar que una situación dolosa sea exigible coactivamente. Ahora bien, el siguiente análisis, realizado dentro de las circunstancias del caso objeto de estudio, no pretende controvertir la cosa juzgada constitucional del dos mil seis (2006), mas mostrar por qué tal providencia está maculada por un fraude que corrompería la administración de justicia.” (Destacado de la Sala)

La máxima Corporación Constitucional, entre otras cosas, analizó que de los documentos que fueron aportados al proceso no concurrían los requisitos para que procediera excepcionalmente el mecanismo de tutela, para reclamar prestaciones sociales como la pensión gracia, ello por cuanto la mayoría de los accionantes no superaban los 60 años de edad y no se avizoraba el acaecimiento de un perjuicio irremediable, también cuestionó la competencia del Juez de Magangué para decidir la acción de tutela. En

¹⁰

¹¹ sentencia que fue emitida en diciembre de 2006 por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Magangué – Bolívar, (mismo Juzgado que ordeno por vía de tutela el reconocimiento de la pensión gracia a la señora Flor Alba Fajardo de Otálora)



Demandante: Unidad de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales
Demandados: Omaira Córdoba Montaña
Expediente: 150012333000201400301-00
Nulidad y Restablecimiento del Derecho

cuanto a los requisitos legales encontró que gran parte de los peticionarios no demostró satisfacerlos.

Por último, y a manera de conclusión sostuvo la Corte Constitucional:

*“4.7 Así las cosas, **ante la constatación del fraude** en una situación global que incluye una sentencia de tutela específica como uno de sus elementos, mas no como el único, es deber de la Corte Constitucional, conforme a sus competencias establecidas en el artículo 241 de la Carta Política, guardar la integridad y supremacía de la Constitución en ejercicio de la revisión que puede hacer de la acción de tutela instaurada el veintiuno (21) de octubre de dos mil nueve (2009).*

En este sentido, se trata de evitar que una orden fraudulenta se materialice a través de los incidentes de cumplimiento que podrían iniciarse mientras la sentencia del once (11) de diciembre de dos mil seis (2006) se mantiene en pie. Sin embargo, la Corte no puede revocar esa providencia, lo que implicaría hacer un análisis de fondo de la misma y transgredir las consecuencias que emanan una vez finiquitado el trámite de revisión en esta Corporación. Con todo y tal como lo ha hecho antes – por ejemplo en la sentencia T-104 de 2007– puede hacer que esa decisión, por consecuencia, quede sin ningún valor jurídico, respetando la prohibición del non bis in idem, fundamentando su actuación en el precepto fraus omnia corrumpit, reconocido en la legislación nacional así como en los principios del derecho.

Lo anterior, en razón a que el título que se pretendía exigir de manera coercitiva – que sin duda hace parte de la causa que se revisa – es un elemento esencial de la actuación que se consideraba vulneratoria de los derechos fundamentales de los demandantes y que dio origen a la acción de tutela instaurada el veintiuno (21) de octubre de dos mil nueve (2009). Por ello, al estar aquél maculado por el fraude, no puede esta Corporación revisar las sentencias de tutela proferidas por el Consejo Superior de la Judicatura y por el Consejo Seccional de la Judicatura de Cundinamarca sin entrar a referirse a él. En esta orden de ideas, al ser ilegítima la pretensión del cumplimiento de la orden, lo es también el título que se pretendía revestir de la majestad de la cosa juzgada, para ser exigido coactivamente.

Esta medida – dejar sin efecto la sentencia del dos mil seis (2006) –, para este caso particular, no supondría una afectación desproporcionada a la cosa juzgada (...).”

La misma Corporación sobre la **cosa juzgada** en sentencia T - 951 de 2013, expuso:

“Por tanto, la cosa juzgada no es un fin en sí mismo, sino un medio para alcanzar el valor de justicia. Por tanto, no es un principio absoluto del derecho, sino un elemento que integra la pretensión de corrección del mismo. En consecuencia ¿A partir de qué principio del derecho en general o, constitucional si se quiere, se puede avalar una situación fraudulenta, desconocedora del derecho y en contravía de principios mayores como la vigencia de un orden justo?

La Sala observa que a partir de ninguno, pues el principio fraus omnia corrumpit¹², no es un término retórico sino una certeza sobre las

¹² Alocución en latín que significa: “El fraude lo corrompe todo”.



Demandante: Unidad de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales
Demandados: Omaira Córdoba Montaña
Expediente: 150012333000201400301-00
Nulidad y Restablecimiento del Derecho

36

consecuencias que acarrea validar una situación injusta. El fraude lo corrompe todo y atenta contra la recta impartición de justicia, la igualdad, el debido proceso y la solidaridad, entre otros principios.

En este sentido, la Sala sigue a Véscovi quien expone que el fin del fraude es precisamente la cosa juzgada, que al darle seguridad y certeza a la consecuencia jurídica buscada, la hace difícil de combatir, permitiendo incluso que sea exigible de manera coactiva¹³. De otra parte, Couture expone que ante tal situación de fraude “el dolo se sirve de la justicia para alcanzar sus fines”¹⁴. Por ello, sancionar y desvirtuar la cosa juzgada fraudulenta supone reparar a la sociedad en su conjunto, pues el dolo atenta contra el bien social de la administración de justicia.¹⁵

Acorde con ello, las instituciones del Estado Social de Derecho, establecidas para la promoción de los valores democráticos, basados en la solidaridad y en la vigencia de un orden justo, no pueden permitir que se consoliden situaciones espurias¹⁶, bajo el argumento de la obediencia ciega a las situaciones juzgadas, cuando las mismas son producto de la cosa juzgada fraudulenta¹⁷.” (Negrillas de la Sala)

En la misma providencia la alta Corporación, sostuvo que el ordenamiento jurídico Colombiano contempló una serie de mecanismos procesales que permiten evitar o resolver las situaciones fraudulentas, resultando útiles para tal fin en materia contenciosa la revocatoria directa de los actos administrativos, **la acción de lesividad, la suspensión provisional del acto**. Estos instrumentos tienen como único propósito corregir los efectos de una situación fraudulenta, contraria al interés general o en contravía con la Carta superior.

El sustento jurisprudencial precedente permite afirmar en el grado de certeza que no es posible, evadir, so pretexto de la cosa juzgada, el fraude o la ilegalidad, porque sería lesionar el interés general y la legalidad, en su conjunto y con ello validar la ilegalidad. Cuando la finalidad de la justicia, es evitar que so pretexto de la primacía de las formalidades, pueda entronizarse la injusticia, el fraude o el delito.

En este escenario, el Despacho encuentra que esta Corporación¹⁸ en un caso de supuestos fácticos similares, decretó la suspensión provisional del acto administrativo enjuiciado al advertir lo siguiente:

¹³Véscovi, *Teoría General del Proceso*, 2006: Pág. 86 y ss. Editorial Temis. Bogotá, Colombia.

¹⁴Couture. E, “Revocación de los Actos Procesales Fraudulentos”, en: Segundo Machado, CH, (Comp.). Pág. 38.

¹⁵ Sentencia T-218 de 2012.

¹⁶ Entiéndase como situaciones ilegales, fraudulentas, carentes de autenticidad.

¹⁷Véscovi plantea que la cosa juzgada fraudulenta se predica de un proceso que ha cumplido formalmente con todos los requisitos procesales y que materializa en esencia un negocio fraudulento a través de medios procesales, que implica un perjuicio ilícito a terceros y a la comunidad. Véscovi, Óp. Cit. Pág. 253.

¹⁸ Tribunal Administrativo de Boyacá. Sala de Decisión N° 1. M.P: Dr. Fabio Iván Afanador García. Auto de 27 de marzo de 2014. Exp.. 15000123330002013-00098-00.



Demandante: Unidad de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales
Demandados: Omaira Córdoba Montaña
Expediente: 150012333000201400301-00
Nulidad y Restablecimiento del Derecho

De lo anterior, encuentra la Sala, que la Resolución 22163 del 13 de noviembre de 1997 "Por la cual se reconoce y ordena el pago de una pensión mensual vitalicia de jubilación", acto cuestionado, y por el cual la entidad demandante reconoció el cómputo de tiempos laborados, tanto en el Departamento de Boyacá como los prestados en una institución educativa de orden Nacional, como lo es el Colegio de Boyacá, teniendo en cuenta para tal efecto, la condición de docente Nacional, así entonces, se evidencia que tal actuación riñe flagrantemente con los postulados normativos que gobiernan la pensión gracia de jubilación, pues claramente lo dicen las certificaciones laborales antes relacionadas, por lo que no era procedente el reconocimiento de la pensión por él solicitada, y menos aún su reliquidación mediante la Resolución No. 39832 del 24 de noviembre de 2005. (Resaltado fuera del texto original).

Así mismo, el Consejo de Estado se pronunció en reciente providencia¹⁹, en un caso análogo al aquí analizado, en el que resolvió un recurso de apelación interpuesto contra el auto proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca que había negado la solicitud de suspensión provisional del acto administrativo por medio del cual CAJANAL E.I.C.E reconoció una pensión gracia.

La alta Corporación resolvió **revocar** la providencia impugnada al encontrar que el acto demandado "se contrapone a los postulados jurídicos que establecen las condiciones especiales en materia de la pensión gracia", y en consecuencia encontró que: "**la contradicción expuesta entre la normatividad invocada y el acto acusado es razón suficiente para revocar el auto apelado, y por ende, decretar su suspensión provisional.**" (Negrillas fuera de texto)

En consecuencia tomando en consideración que con la expedición del acto administrativo impugnado se adjudica un derecho económico de carácter laboral generando una afectación significativa al patrimonio público²⁰, como interés general y por haberse encontrado una notable contrariedad entre lo ordenado por la resolución demandada y lo preceptuado en las normas superiores y legales que se invocan como vulneradas en la demanda²¹, se accederá a decretar la medida cautelar deprecada, pues en el *sub lite* se

¹⁹ Auto de fecha 25 de junio de 2015, MP. Dr. Gerardo Arenas Monsalve. Radicación No. 25000-23-25-000-2011-00246-01(1047-13).

²⁰ El Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda – Subsección A. CP. Dr. Luis Rafael Vergara Quintero. Providencia de 19 de abril de 2012. Exp. 05001-23-31-000-2011-00936-01, sostuvo: "ii. Perjuicio. El segundo requisito para que proceda la suspensión provisional del acto acusado en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, consistente en que el actor haya demostrado, así sea de manera sumaria, el perjuicio que se le causó o se le hubiere podido causar con la expedición de aquel. En el sub lite está acreditado que a la señora Yamile Kure de Timana se le ha cancelado la suma de sesenta y ocho millones, cuatrocientos nueve mil trescientos setenta y siete pesos con cincuenta y cuatro centavos (fl. 77. 162 \$68.409.377, 54) por concepto de una pensión gracia obtenida sin el lleno de los requisitos, lo cual genera un grave perjuicio para la entidad actora para el erario público".

²¹ Folios 18 y ss del cuaderno principal.



Demandante: Unidad de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales
Demandados: Omaira Córdoba Montaña
Expediente: 150012333000201400301-00
Nulidad y Restablecimiento del Derecho

37

reúnen los presupuestos previstos por el artículo 231 del CPACA para acceder a la misma.

Por último, teniendo en cuenta que, la medida cautelar aquí decretada consiste en la suspensión provisional de un acto administrativo, en atención a las previsiones del artículo 232 del CPACA, no se impondrá caución.²²

En mérito de lo expuesto, el Despacho N° 6 del Tribunal Administrativo de Boyacá,

RESUELVE:

PRIMERO: DECRETAR la medida cautelar de suspensión provisional de los efectos de la Resolución No. 41543 del 18 de agosto de 2006, solicitada por el apoderado judicial de la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL - UGPP.

SEGUNDO: NO FIJAR CAUCIÓN de conformidad con lo dispuesto en el inciso 3° del artículo 232 de la Ley 1437 de 2011.

TERCERO: En firme esta providencia, regresen las diligencias al Despacho para proveer lo que sea del caso.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

OSCAR ALFONSO GRANADOS NARANJO
Magistrado

SECRETARÍA DE JUSTICIA DE BOYACÁ
BOYACÁ, _____ DE _____ DE 2011
El acto anterior se notifica por estado
No. 37 de hoy _____

EL SECRETARIO

²² Artículo 232 CPACA. No se requerirá de caución cuando se trate de la suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos, de los procesos que tengan por finalidad la defensa y protección de los derechos e intereses colectivos, de los procesos de tutela, ni cuando la solicitante de la medida cautelar sea una entidad pública.