

**MEDIDA CAUTELAR – Suspensión provisional / SUSPENSIÓN PROVISIONAL
– Procedencia / COSA JUZGADA CONSTITUCIONAL - Derivado de un fallo de tutela / COSA JUZGADA CONSTITUCIONAL – No configurada / PENSIÓN GRACIA – No cumple requisitos al ser docente nacional**

[L]a cautela ordenada por el Tribunal Administrativo de Nariño mediante auto de fecha 13 de mayo de 2016, resulta procedente porque dicha corporación tuvo por demostrado que el señor Pedro Cecilio Castillo Rodríguez no estuvo vinculado como docente territorial o nacionalizado sino que fue nombrado como maestro del nivel nacional mediante Resolución 14948 del 20 de octubre de 1978, ostentando siempre esa clase de vinculación, por lo que consideró que el docente había incumplido el requisito consagrado en el artículo 1 de la Ley 114 de 1913, no teniendo derecho al reconocimiento pensional. Pero además, porque dicha figura constituye un importante instrumento para evitar que los actos contrarios al ordenamiento jurídico continúen surtiendo efectos, al menos, mientras se decide de fondo su constitucionalidad o legalidad. Por otro lado, la Sala al examinar la figura de la cosa juzgada constitucional alegada por el recurrente, observa que la misma no se encuentra configurada, en la medida que el objeto que se persigue a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho es garantizar el principio de legalidad y la defensa de un interés particular que ha sido vulnerado por la expedición del acto administrativo, mientras que, el objeto de la acción de tutela es la protección inmediata y actual de los derechos fundamentales, cuando éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de las autoridades públicas, o de los particulares en los casos expresamente consagrados en la ley. Así las cosas, en el presente asunto no existe identidad de objeto y causa petendi, como quiera que, a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho instaurado por la UGPP se cuestiona la legalidad de la Resolución RDP 039917 del 29 de agosto de 2013, que le reconoció la pensión gracia al demandado, precisamente, por no cumplir el maestro con los requisitos para su otorgamiento, es decir, se persigue por parte de la UGPP un juicio de legalidad sobre el referido acto administrativo; mientras que, en la acción de tutela que dio lugar al reconocimiento pensional, el accionado pretendió la protección de sus derechos constitucionales, por lo que se está frente a cuerdas procesales disímiles que no guardan identidad en cuanto al objeto de protección y que por ende, desencadenan en consecuencias jurídicas distintas.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN SEGUNDA

SUBSECCION B

Consejera ponente: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ

Bogotá D.C., veintiuno (21) de junio de dos mil dieciocho (2018)

Radicación número: 52001-23-33-000-2014-00178-02(1752-18)

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

Demandado: PEDRO CECILIO CASTILLO RODRÍGUEZ

Ordinario: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Trámite: Ley 1437 de 2011

Asunto: Medida cautelar de suspensión provisional de los efectos de acto administrativo que reconoció pensión gracia.

Decisión: Confirma auto que decreta medida cautelar, en la medida que la figura de la cosa juzgada constitucional alegada por el recurrente no se encuentra configurada.

Apelación de auto.

La Sala procede a resolver¹ el recurso de apelación interpuesta por la parte demandada contra el auto de fecha 13 de mayo de 2016, proferido por el Tribunal Administrativo de Nariño mediante el cual, decretó la medida cautelar solicitada por la entidad demandante, consistente en la suspensión provisional de los efectos del acto administrativo contenido en la Resolución N° RDP 039917 del 29 de agosto de 2013 que reconoce al señor Pedro Cecilio Castillo Rodríguez una pensión de jubilación gracia en cumplimiento de un fallo de tutela proferido por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Magangué – Bolívar.

I. ANTECEDENTES.

1.1. Demanda de nulidad y restablecimiento del derecho y sus pretensiones.

La Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social-UGPP², en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, presentó demanda a fin de obtener la nulidad de la Resolución N° RDP 039917 del 29 de agosto de 2013 por medio de la cual, le fue reconocida en cumplimiento de una sentencia de tutela, pensión gracia al señor Pedro Cecilio Castillo Rodríguez y en consecuencia, se ordene la devolución de los dineros recibidos por el demandado por concepto del pago de la pensión gracia.

La entidad demandante solicitó la suspensión provisional de la antedicha resolución, bajo el argumento que la pensión fue otorgada sin el lleno de los requisitos exigidos para la misma, dado que el señor Castillo Rodríguez no prestó sus servicios por 20 años con vinculación territorial o nacionalizada, sino nacional, de tal forma que el acto de reconocimiento pensional es contrario a la Constitución y la ley.

1.2. EL AUTO OBJETO DE LA APELACIÓN.

¹ Recurso que ingreso al despacho con nota secretarial de fecha 18 de abril de 2018.

² El escrito de demanda reposa a folios 2 al 14 del expediente.

El Tribunal Administrativo de Nariño mediante auto del 13 de mayo de 2016³, decretó la medida cautelar solicitada, al encontrar que dentro de los requisitos para acceder a la pensión gracia, se tiene que además del cumplimiento de la edad, es necesario que el docente acredite las exigencias señaladas en el artículo 4 de la Ley 114 de 1913, es decir, que en el empleo se haya desempeñado con honradez, consagración, 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 o departamental, es decir, con vinculación territorial o nacionalizada.

En ese sentido, indicó que luego de la revisión a la certificación del 9 de enero del 2001 expedida por el jefe de la sección de archivo de la gobernación de Nariño, observó que el demandado fue nombrado como maestro del nivel nacional mediante Resolución 14948 del 20 de octubre de 1978 y, en adelante, ostentó la misma condición. Es por ello, que en el mismo documento se anota al finalizar que el docente tiene carácter nacional, por lo que, estimó que la decisión no podía ser diferente a la de decretar la medida cautelar.

Adicional a lo anterior, anotó que la pensión gracia reconocida al señor Pedro Castillo, se originó con ocasión de la orden judicial proferida por el Juez Segundo Civil del Circuito de Magangué dentro de la acción tutela 2006-0194, en la cual se ordenó el reconocimiento de dicha prestación a 89 docentes sin el lleno de los requisitos de ley, entre los cuales se encuentra el demandado, razón por la cual, se iniciaron las investigaciones contra el funcionario judicial que la profirió, procesos que finalmente concluyeron con sanciones disciplinarias contra aquel, circunstancia que le permitió al *aquo* inferir que la Resolución N° RDP 039917 del 29 de agosto de 2013 esta investida de serias irregularidades, en la medida que la génesis del acto acusado tiene su lugar en el reconocimiento pensional dispuesto por la aludida providencial judicial.

1.3. EL RECURSO DE APELACIÓN⁴.

La parte demandada en su escrito de recurso formula una serie de preguntas con las que pretende hacer ver que el acto acusado fue suspendido de facto por la entidad demandante hace más de año y medio, por lo que, a su juicio, la solicitud de suspensión actual representa un fraude procesal.

Adicionalmente, señala que la decisión que decretó la medida cautelar no soporta análisis alguno respecto de la sentencia de tutela que otorgó la pensión gracia,

³ Ver providencia a folio 71 del expediente.

⁴ Escrito de recurso repos a folios 77 al 79 del expediente.

pues esta hizo tránsito a cosa juzgada, por lo que, la misma es una decisión inmutable y vinculante revestida de la condición de cosa juzgada constitucional. Además, aduce que el proveído recurrido desconoce que contra la demanda se propusieron excepciones previas como falta de legitimación en la causa, caducidad de la acción, cosa juzgada y prescripción de la acción, de manera que, al decretarse la medida cautelar como se hizo, se está profiriendo una sentencia anticipada.

II. CONSIDERACIONES

Sea lo primero advertir la competencia de esta Sala para decidir de plano el recurso, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 125⁵, 236⁶ y 243⁷ de la Ley 1437 de 2011, formulada dentro de la oportunidad prevista por el numeral 2º del artículo 244 *ibídem*, con la debida sustentación.

2.1. PROBLEMA JURIDICO.

De la lectura realizada al memorial de apelación, se observa que la parte recurrente discrepa de la decisión del *a quo* básicamente por dos aspectos que se pueden enlistar en los siguientes cargos y que constituyen el objeto central de la apelación a resolver:

En primer orden, deberá establecer la Sala si la medida cautelar decretada por el Tribunal Administrativo de Nariño resulta procedente, pese a que la parte recurrente alegue que el pago de la pensión gracia fue suspendido por parte de la entidad demandante con antelación al ejercicio de la presente acción.

En segundo lugar, deberá determinar, si los principios de cosa juzgada y seguridad jurídica constitucional derivado de un fallo de tutela vuelve incólume el acto administrativo de reconocimiento de la pensión gracia que se profirió en virtud de la sentencia de tutela en favor del señor Pedro Cecilio Castillo Rodríguez, docente respecto del cual se aduce no cumple con los requisitos de ley para

⁵ “**Artículo 125.** Será competencia del juez o Magistrado Ponente dictar los autos interlocutorios y de trámite; sin embargo, en el caso de los jueces colegiados, las decisiones a que se refieren los numerales 1, 2, 3 y 4 del artículo 243 de este Código serán de la sala, excepto en los procesos de única instancia. Corresponderá a los jueces, las salas, secciones y subsecciones de decisión dictar las sentencias. Los autos 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.”

⁶ “**Artículo 236.** El auto que decreta una medida cautelar será susceptible del recurso de apelación o del de súplica, según el caso. (...)”.

⁷ “**Artículo 243.** (...) serán apelables los siguientes autos proferidos en la misma instancia por los jueces administrativos:

(...)

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

(...)

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

acceder a dicha prestación pensional.

Para ello se precisarán las disposiciones normativas sobre las medidas cautelares, y la cosa juzgada constitucional, así como el marco regulador de la pensión gracia y los requisitos para obtenerla, para luego descender al caso concreto.

2.1.1. De la procedencia de la medida cautelar de suspensión de un acto administrativo del cual se alega ha sido suspendido de facto por la entidad que lo profirió.

La suspensión provisional prevista en el artículo 238⁸ de la Constitución Política y regulada en los artículos 229 al 241 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, es una figura excepcional y restrictiva, derivada del principio de legalidad, la cual tiene por objeto suspender los atributos de fuerza ejecutoria y ejecutiva del acto administrativo, en protección de los derechos – subjetivos y/o colectivos– que se pueden ver conculcados con su expedición.

En este orden de ideas, dicha figura constituye un importante instrumento para evitar que los actos contrarios al ordenamiento jurídico continúen surtiendo efectos, al menos, mientras se decide de fondo su legalidad. En ese mismo orden, se tiene que la suspensión de los efectos de un acto administrativo, es una medida decretada por el juez administrativo al interior de un proceso declarativo que se tramite ante esta jurisdicción, por lo que, necesariamente la misma estará precedida de una providencia judicial que así la declare.

Por otra parte, el artículo 231 de la Ley 1437 de 2011, fijó los requisitos en virtud de los cuales es viable que en un caso determinado se pueda adoptar la suspensión provisional del acto acusado, habiendo dispuesto que:

«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. (...)».

Entonces, para el caso de la suspensión provisional de los efectos del acto administrativo demandado, el artículo citado establece la exigencia de acreditarse la vulneración de las normas superiores, cuando tal quebrantamiento surja del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud. Este análisis

⁸ Artículo 238. La jurisdicción de lo contencioso administrativo podrá suspender provisionalmente, por los motivos y con los requisitos que establezca la ley, los efectos de los actos administrativos que sean susceptibles de impugnación por vía judicial.

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, por lo 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.

En este escenario, corresponde al operador judicial en cada caso concreto abordar de manera cuidadosa su estudio, analizando inicial o preliminarmente el sometimiento de la decisión administrativa al parámetro normativo invocado, prosperando la medida en aquellos eventos en los que de ese estudio surja el quebrantamiento invocado.

En suma, si bien la regulación de la medida cautelar de suspensión provisional de los efectos de un acto administrativo, prevista en la Ley 1437 de 2011, le confiere al juez un margen de estudio más amplio del que preveía la legislación anterior sobre la materia, no puede perderse de vista que la contradicción y el análisis entre las normas invocadas y el acto administrativo exige, entonces, que luego de un estudio de legalidad inicial, juicioso y serio, se pueda arribar a la conclusión de que el acto contradice la norma superior invocada, exigiendo, se insiste, la rigurosidad del Juez en su estudio, con fundamento en el análisis del acto o las pruebas allegadas con la solicitud⁹.

Así las cosas, en vigencia de la Ley 1437 de 2011, ante la solicitud de una medida cautelar, el juez no se encuentra atado a la exigencia consistente en que la vulneración de las normas superiores sea manifiesta o que la misma salte a la vista, criterio que era determinante bajo la normatividad anterior, sino que se le concede la facultad de realizar un análisis más completo e interpretativo de las normas que se le presenten como violadas, así mismo, de los propios actos administrativos de los cuales se solicita la declaratoria de nulidad y de su previa suspensión provisional y de las pruebas que se presenten al plenario.

2.1.2. De la cosa juzgada constitucional derivado de un fallo de tutela

Respecto a la cosa juzgada constitucional en materia de acciones de tutela, la Corte Constitucional concluyó¹⁰ que esta opera cuando el asunto: i) es decidido por ella misma y ii) cuando termina el proceso de selección para revisión y

⁹ Al respecto puede consultarse el auto de sala plena de 17 de mayo de 2015, proferido en el expediente No. 11001-03-15-000-2014-03799-00, con ponencia de la suscrita.

¹⁰ Corte Constitucional, Sala Quinta de Revisión, Sentencia T-208 de quince (15) de abril de dos mil trece (2013), magistrado ponente Jorge Iván Palacio Palacio Referencia: expediente T-3725102, Acción de tutela interpuesta por la representante legal de la Caja Nacional de Previsión Social –EICE- CAJANAL en liquidación contra el Juzgado Séptimo Penal del Circuito de Manizales.

precluye el lapso señalado para insistir en la selección de un proceso, lo que implica, excluir la posibilidad de impugnar las sentencias de tutela mediante una nueva acción de tutela y evitar una prolongación indefinida del conflicto y la protección de los derechos fundamentales que fue objeto de estudio.

De igual manera, señaló la citada corporación judicial que la cosa juzgada constitucional no es absoluta, pues para su materialización se requiere la acreditación de los siguientes presupuestos a saber¹¹:

«a. Identidad de objeto: “(...) la demanda debe versar sobre la misma pretensión material o inmaterial sobre la cual se predica la cosa juzgada (...)”. b. Identidad de causa petendi: se concreta cuando las pretensiones del amparo persiguen lo mismo que lo ya decidido anteriormente en sede constitucional. c. Identidad de partes: “(...) al proceso deben concurrir las mismas partes e intervinientes que resultaron vinculadas y obligadas por la decisión que constituye cosa juzgada (...)”. Sin el cumplimiento de los mismos, “(...) no opera el fenómeno jurídico (...) y el juez, obviamente, sin contrariar el principio de non bis in ídem, podrá pronunciarse sobre un asunto puesto a su consideración (...)».

De esta manera, es posible un segundo análisis jurisdiccional cuando no concurren los tres elementos enunciados en precedencia, admitiendo la posibilidad de solicitarse el amparo alegando hechos o afectaciones que pudieron pasar inadvertidas en el trámite tutelar primigenio o incluso, que se generaron con las sentencias proferidas al interior del mismo.

3. CASO CONCRETO.

El apelante arguye que la medida cautelar de suspensión provisional del acto acusado resulta improcedente debido a que el acto administrativo demandado ya había sido suspendido de facto por la entidad.

Para el estudio de la procedencia de esta clase de 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

¹¹ Corte Constitucional, sentencia T- 218 de 20 de marzo de 2012.

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.

Como se dejó dicho en líneas precedentes, la suspensión de los efectos de un acto administrativo, es una medida que debe ser decretada por el juez administrativo al interior de un proceso declarativo que se tramite ante esta jurisdicción, por lo que, necesariamente la misma estará precedida de una providencia judicial que así la declare.

Al examinar el expediente, no se observa que repose en el plenario providencia judicial alguna distinta a la recurrida en este proceso que haya declarado como medida cautelar, la suspensión de los efectos de la Resolución RDP 039917 del 29 de agosto de 2013 que reconoció al señor Pedro Cecilio Castillo Rodríguez pensión de jubilación gracias en cumplimiento a un fallo de tutela proferido por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Magangué.

Ahora, si bien alega el demandado que con antelación al decreto de la medida cautelar, la entidad accionante había suspendido el pago de la pensión gracia, lo cierto es que, tal afirmación carece de respaldo probatorio, en la medida que no se allegó prueba que permita verificar el dicho del apelante.

Así las cosas, que el acto se encuentre materialmente suspendido sin previa autorización judicial, no es relevante a esta discusión, pues aunque ello sea cierto, no compromete su existencia en el mundo jurídico con plena exigibilidad, de ahí que en caso de no prosperar la solicitud de medida cautelar, el beneficiario del acto seguirá disfrutando de los efectos de este, pudiendo reclamar su cumplimiento en el evento que la administración se abstuviese de ejecutarlo.

En ese sentido, la cautela ordenada por el Tribunal Administrativo de Nariño mediante auto de fecha 13 de mayo de 2016, resulta procedente porque dicha corporación tuvo por demostrado que el señor Pedro Cecilio Castillo Rodríguez no estuvo vinculado como docente territorial o nacionalizado sino que fue nombrado como maestro del nivel nacional mediante Resolución 14948 del 20 de octubre de 1978, ostentando siempre esa clase de vinculación, por lo que consideró que el docente había incumplido el requisito consagrado en el artículo 1 de la Ley 114 de 1913, no teniendo derecho al reconocimiento pensional. Pero además, porque dicha figura constituye un importante instrumento para evitar que los actos contrarios al ordenamiento jurídico continúen surtiendo efectos, al menos, mientras se decide de fondo su constitucionalidad o legalidad

Por otro lado, la Sala al examinar la figura de la cosa juzgada constitucional alegada por el recurrente, observa que la misma no se encuentra configurada, en la medida que el objeto que se persigue a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho es garantizar el principio de legalidad y la defensa de un interés particular que ha sido vulnerado por la expedición del acto administrativo, mientras que, el objeto de la acción de tutela es la protección inmediata y actual de los derechos fundamentales, cuando éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de las autoridades públicas, o de los particulares en los casos expresamente consagrados en la ley.

Así las cosas, en el presente asunto no existe identidad de objeto y causa petendi, como quiera que, a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho instaurado por la UGPP se cuestiona la legalidad de la Resolución RDP 039917 del 29 de agosto de 2013, que le reconoció la pensión gracia al demandado, precisamente, por no cumplir el maestro con los requisitos para su otorgamiento, es decir, se persigue por parte de la UGPP un juicio de legalidad sobre el referido acto administrativo; mientras que, en la acción de tutela que dio lugar al reconocimiento pensional, el accionado pretendió la protección de sus derechos constitucionales, por lo que se está frente a cuerdas procesales disímiles que no guardan identidad en cuanto al objeto de protección y que por ende, desencadenan en consecuencias jurídicas distintas.

Por lo tanto, conforme a lo anteriormente expuesto la Sala confirmará la medida cautelar decretada mediante auto de fecha 13 de mayo de 2016, toda vez que, de manera preliminar la UGPP acreditó que el señor Pedro Castillo Rodríguez incumplió el requisito consagrada en el artículo 1 de la Ley 114 de 1913.

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

RESUELVE

PRIMERO. CONFIRMAR el auto de fecha 13 de mayo de 2016, proferido por el Tribunal Administrativo de Nariño que decretó como medida cautelar la suspensión provisional de la Resolución No. RDP039917 del 29 de agosto de 2013, por medio de la cual, la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribución Parafiscal al dar cumplimiento al fallo de tutela del Juzgado 2º Civil del Circuito de Magangué de 6 de octubre de 2006, reconoció una pensión gracia al señor Pedro Cecilio Castillo Rodríguez.

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

Notifíquese y cúmplase

SANDRA LISSET IBARRA VELEZ

CÉSAR PALOMINO CORTÉS

CARMELO PERDOMO CUÈTER

Relatoria JORM