

LEY 1437 DE 2011 - Audiencia inicial / COSA JUZGADA - Excepción previa / AUDIENCIA INICIAL - No se puede resolver excepción de mérito / PRESCRIPCION DEL DERECHO - Decisión de fondo

Acorde con lo previsto por el numeral 6° del artículo 180 de la Ley 1437 de 2011, una de sus finalidades es resolver todas las situaciones que se constituyan en deficiencias formales que puedan inhibir un pronunciamiento de fondo sobre las pretensiones de la demanda, por lo que en la audiencia inicial el funcionario judicial deberá decidir tan sólo las excepciones que tengan la calidad de previas, es decir, aquellas que se encaminen a atacar la forma del proceso, en procura de evitar decisiones inhibitorias; también podrá resolver, como lo anuncia la norma, las excepciones de cosa juzgada, caducidad, transacción, conciliación, falta de legitimación en la causa y prescripción extintiva, pero, en todo caso, encaminadas a atacar el ejercicio de la acción, mas no de la pretensión, pues frente a esta fueron previstas las excepciones de mérito cuyo objeto es controvertir la existencia misma y alcance del derecho reclamado por la parte demandante, por lo que tienen la virtud de enervar las pretensiones y provocar que el fallo correspondiente se constituya en cosa juzgada, dando término de manera definitiva al debate planteado. Dada la claridad del ordenamiento jurídico citado en precedencia, fuerza concluir que será revocado el pronunciamiento oficioso del a quo, efectuado en la audiencia inicial para declarar anticipadamente la prescripción del derecho reclamado por el demandante, pues su fundamento merece reproche, al no consultar el espíritu de la norma que regula la actividad judicial en el trámite de los asuntos sometidos a conocimiento de la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

FUENTE FORMAL: LEY 1437 DE 2011 - ARTICULO 180 NUMERAL 6

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

SUBSECCION A

Consejero ponente: GUSTAVO EDUARDO GOMEZ ARANGUREN

Bogotá, D.C., trece (13) de agosto de dos mil catorce (2014)

Radicación número: 68001-23-33-000-2012-00261-01(2588-13)

Actor: SAMUEL JOSE MURILLO FONTECHA

Demandado: UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTION PENSIONAL Y DE CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCION SOCIAL - UGPP - SUCESORA PROCESAL DE LA CAJA NACIONAL DE PREVISION SOCIAL - CAJANAL

Referencia: EXCEPCION PREVIA. MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en contra del auto proferido en la audiencia inicial, por el cual se pronunció el Tribunal Administrativo de Santander sobre algunas excepciones formuladas, previas las siguientes consideraciones:

I. ANTECEDENTES

En ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho previsto por el artículo 138 de la Ley 1437 de 2011, el ciudadano SAMUEL JOSÉ MURILLO FONTECHA, por conducto de apoderado judicial, demandó la legalidad de la Resolución No. UGM 0042958 del 16 de abril de 2012, expedida por la Caja Nacional de Previsión Social - Cajanal, por la cual fue resuelta de manera adversa una solicitud de reliquidación de pensión de jubilación, en atención a que no fue tomada en cuenta la totalidad de los factores salariales, entre ellos incluido el monto correspondiente a los viáticos devengados durante el último año de servicios¹.

Admitida la demanda por el Tribunal Administrativo de Santander mediante auto calendado veintitrés (23) de octubre de dos mil doce (2012)², se dispuso su notificación a la Caja Nacional De Previsión Social - Cajanal - En Liquidación, así como al Agente del Ministerio Público y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, en acatamiento a lo previsto por el artículo 199 del CPACA, modificado por el artículo 612 de la Ley 1564 de 2012.

Vencido el término de traslado de la demanda, la entidad accionada guardó silencio sobre las pretensiones del demandante, presentando tan sólo escrito de nulidad procesal (fls. 124 a 127 cdno. No. 1), que fue resuelto de manera adversa en el trámite de la audiencia inicial celebrada el día 27 de mayo de 2013³, frente al cual se alzó el actor en reposición principal y apelación subsidiaria, la primera resuelta desfavorablemente y la segunda denegada por improcedente.

Contra la decisión que denegó la alzada, el actor formuló reposición y en

¹ Texto de la demanda que obra a folios 58 a 69 del cuaderno principal No. 1.

² Folio 101 id.

³ Acta de audiencia que obra a folios 133 a 136 del cuaderno principal No. 1.

subsidio solicitó la expedición de copias para recurrir en queja, denegándose lo primero y accediendo a la expedición de copias para el trámite del segundo, recurso que, a la postre, fue declarado desierto al no haber sido presentado dentro del término legal ante esta Corporación el escrito respectivo, como lo consignó el *a quo* en providencia del 13 de agosto de 2013 (ver. folios 1818 cdno. Principal No. 4).

Ante la culminación del trámite administrativo liquidatorio de la CAJA NACIONAL DE PREVISIÓN SOCIAL - CAJANAL, el Tribunal de origen reconoció como su sucesora procesal en la presente causa a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y DE CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL - U.G.P.P., para que asumiese la defensa de los intereses de la parte pasiva de la relación jurídico procesal, acorde con la providencia que obra al folio 1031 del cuaderno principal No. 2.

II. EL AUTO IMPUGNADO

En el curso de la audiencia inicial antes mencionada, el *a quo* se pronunció, además y de manera oficiosa, sobre dos aspectos que estructuraban, a su juicio, las excepciones de “cosa juzgada parcial”⁴ y “prescripción”⁵, argumentando, frente a la primera, que se hallaban configurados los supuestos normativos contenidos en el artículo 322 del Código de Procedimiento Civil respecto de la pretensión de reliquidación de la pensión de jubilación con sustento en la no inclusión de los viáticos devengados durante el último año de servicio por el demandante, ya que idéntica reclamación había sido formulada y resuelta mediante sentencia de primera, proferida por el Tribunal de Arauca el 19 de febrero de 2004⁶, confirmada en segunda instancia por esta Corporación mediante decisión del 22 de noviembre de 2007⁷, por lo que la demanda podía continuar tan sólo en lo que refiere a la reclamación por factores salariales diferentes a los precitados viáticos⁸; y respecto de la segunda, que, sin implicar un reconocimiento del derecho reclamado, las

⁴ Argumentos y motivación de la decisión que se aprecia en audio y video en el lapso comprendido entre los minutos 2:52 y 15:00 de la segunda grabación contenida en disco compacto (CD) que obra a folio 132 del cuaderno principal No. 1.

⁵ Motivación de la decisión en audio y video, en el lapso comprendido entre los minutos 31:01 a 33:38 de la segunda grabación, CD en cita.

⁶ Folios 75 a 83 cdno. Principal No. 1.

⁷ Folios 84 a 95 id.

⁸ Se colige esta interpretación, ya que en el hecho quinto de la demanda (fl. 59 cdno. Ppal. No. 1), el demandante de manera expresa sostiene que la liquidación pensional no tuvo en cuenta “...los viáticos **ni otros factores salariales devengados...**” (subraya fuera de texto).

mesadas causadas con anterioridad al 20 de octubre de 2007 se declaraban prescritas en razón a la figura extintiva trienal prevista por la ley, ya que la solicitud administrativa había sido presentada el 20 de octubre de 2010.

III. LOS ARGUMENTOS DE LA APELACIÓN

Cedido el uso de la palabra en el trámite de la audiencia inicial al apoderado de la parte actora, se alzó en apelación tan sólo frente a la decisión que declaró probada de oficio la excepción de “*cosa juzgada parcial*”, argumentando que no existía identidad entre las pretensiones que habían sido resueltas en el proceso que se ventiló ante la jurisdicción, fallado en primera instancia por el Tribunal de Arauca y confirmado por el Consejo de Estado, y las pretensiones que se contienen en este proceso, pues el objeto y los fundamentos no son los mismos.

En efecto, sostuvo el impugnante en su exposición que en el debate planteado y solucionado por el Tribunal de Arauca se controvertió la legalidad de un acto administrativo expedido con base en la Ley 100 de 1993, ya que la liquidación producto del mismo no tuvo en cuenta la totalidad de los factores salariales consagrados por el artículo 150 de la norma en cita, mientras que en el presente asunto se controvierte otro acto administrativo diferente al que allí se cuestionó; además, frente a la finalidad, explica que en esta oportunidad lo que se solicita es la aplicación íntegra de la Ley 33 de 1985, por tratarse de beneficiario del régimen de transición previsto por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993⁹.

IV. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Sea lo primero advertir la procedencia de la alzada interpuesta, ya que se encuentra autorizada por el inciso 4º del numeral 6º del artículo 180 de la Ley 1437 de 2011, formulada dentro de la oportunidad prevista por el artículo 244-1 *ibídem*, con la debida sustentación. Además, es la Sala competente para desatar el recurso, por aplicación del artículo 125 *ejúsdem*.

Abordará a continuación la Sala el estudio del tema planteado, concerniente

⁹ Argumentos y sustentación de la apelación que se aprecian en audio y video contenido en el disco compacto remitido anexo (fl. 132), en el lapso comprendido entre los minutos 15:07 a 19:21 de la segunda grabación.

a la figura jurídica de la “Cosa Juzgada”, para lo cual se muestra necesario consignar las siguientes precisiones:

DEL DERECHO FUNDAMENTAL AL *NOM BIS IN IDEM*

Se impone como elemento estructurante del principio de la seguridad jurídica, según el cual ninguna persona (*natural o jurídica*) puede ser sometida dos veces a debate jurídico frente a la jurisdicción, por reclamación de los mismos hechos y derechos, teniendo como contradictor idéntica persona reclamante.

Se convierte este (*nom bis in idem*) en un pilar fundante del ordenamiento jurídico, que da certeza al reconocimiento y consolidación de los derechos subjetivos otorgados por la ley y la Constitución a todas las personas, con miras a solucionar de manera definitiva las controversias que se susciten por su aplicación e interpretación.

En variada y nutrida jurisprudencia esta Corporación ha definido la cosa juzgada como “...una consecuencia jurídica que se le atribuye a la sentencia o decisión del juez, fruto de un procedimiento calificado, denominado proceso de declaración de certeza; consecuencia de la misma, se pueden predicar efectos procesales y sustanciales que tienden a garantizar un mínimo de seguridad jurídica entre los asociados...”¹⁰, o también como “...carácter imperativo e inmutable de las decisiones que han adquirido firmeza, lo cual implica de suyo la imposibilidad de volver sobre asuntos ya juzgados, para introducir en ellos variaciones o modificaciones mediante la adopción de una nueva providencia...”¹¹

Por fuerza de lo establecido en el artículo 332 del Código de Procedimiento Civil¹², principio recogido actualmente por el 303 del Código General del Proceso, son tres los elementos que deben confluir para que se estructure el fenómeno jurídico de la cosa juzgada, a saber: 1) identidad de objeto; 2) identidad de causa; y 3) identidad jurídica de las partes. Si, llegado el caso, en el trámite de un

¹⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 18 de febrero de 2010, actor El Portón Tres Ltda. Contra Caja de Retiro de las Fuerzas Militares – Cremil, radicado 25000-23-26-000-1991-07400-01(17861), Mag. Pte. Mauricio Fajardo Gómez.

¹¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 24 de marzo de 2011, actor Instituto Colombiano de Bienestar Familiar contra Alba Marina Acosta Cadavid, radicado 17001-23-31-000-2004-01402-01(34396), Mag. Pte. Olga Mérida Valle de la Hoz.

¹² Art. 332 C. de P. Civil: “La sentencia ejecutoriada proferida en proceso contencioso tiene fuerza de cosa juzgada, siempre que el nuevo proceso verse sobre el mismo objeto y se funde en la misma causa que el anterior, y que entre ambos procesos haya identidad jurídica de partes...”.

proceso judicial sometido a conocimiento de la jurisdicción se acredita la existencia de una sentencia ejecutoriada en la que se den los mencionados elementos, independientemente de la especialidad del funcionario judicial que la hubiere proferido, no queda otro camino que declarar la improcedencia de las pretensiones en salvaguarda del ordenamiento jurídico por aplicación del derecho fundamental del *nom bis in idem* contemplado por el artículo 29 Superior.

Descendiendo al caso concreto, encuentra la Sala que no le asiste la razón al impugnante en su argumentación para desquiciar la providencia atacada, ya que las razones en que se apoya su inconformidad no guardan relación con la verdad que brota de los documentos que se allegaron como soporte de las pretensiones.

En efecto, examinada la sentencia de primera instancia proferida por el Tribunal de Arauca el día 19 de febrero de 2004 (fls. 75 a 83 cdno. Principal No. 1), resulta evidente que la reclamación del demandante SAMUEL JOSÉ MURILLO FONTECHA tenía por objeto la reliquidación de su pensión de jubilación para que fuese incluido, como factor salarial, los dineros correspondientes a los viáticos devengados durante el último año de servicios, aludiendo para tal efecto el hecho de ser beneficiario del régimen de transición previsto por la Ley 100 de 1993, citando dentro de las normas violadas la Ley 33 de 1985, para que fuese ordenado el pago de las sumas que, a su juicio, no habían sido reconocidas en la respectiva liquidación, pretensión que fue resuelta por la jurisdicción en decisión de primera instancia¹³, la cual fue confirmada en sede de apelación por esta Corporación¹⁴.

Vistas así las cosas queda sin piso el fundamento de la impugnación aquí planteada, ya que, con grado de certeza, el debate jurídico aquí propuesto (*para aspirar a la inclusión de los viáticos devengados durante el último año de servicio como factor salarial para la reliquidación de la pensión de jubilación del demandante*), ya fue ampliamente analizado y debidamente resuelto por la Jurisdicción en decisiones de primera y segunda instancia que fueron notificadas a

¹³ “...Así las cosas, podemos establecer que el actor por encontrarse dentro del régimen anterior le era aplicable la Ley 33 de 1985 y no el Decreto 1158 de 1994, ni tampoco como lo solicita en su demanda la Ley 100 de 1993, artículos 36 y 150. Armonizando todo lo anterior, podemos concluir que no es viable ni procedente de conformidad con la normatividad vigente y aplicable al caso, incluir los valores devengados por viáticos, dentro de la base de liquidación de la pensión de jubilación...” (fl. 82 id).

¹⁴ “...Frente al argumento expuesto por el recurrente en este caso debe decir la Sala, acogiendo el criterio jurisprudencial aludido que, de acuerdo con las leyes 33 y 62 de 1985, vigentes para la época de consolidación del derecho del demandante, los viáticos no estaban contemplados como factor de liquidación pensional, por lo que se ajusta a derecho la actuación administrativa que no los incluyó en la liquidación...” (fl. 584 id)

las partes y se hallan ejecutoriadas, concluyéndose que el recurrente falta a la verdad cuando sostiene que el objeto y la causa son diferentes, si de las pruebas vertidas al plenario se concluye todo lo contrario, esto es, que la jurisdicción ya definió mediante sentencia ejecutoriada, que su régimen pensional se encuentra regulado por la Ley 33 de 1985 y que, precisamente por tal virtud, no es de recibo su pretensión de inclusión de los viáticos como factor de liquidación de la pensión de jubilación.

Si bien es cierto la demanda que aquí nos ocupa busca la declaratoria de nulidad de un acto administrativo diferente, lo cierto es que el **asunto** es el mismo y este ya fue objeto de decisión judicial, constituyéndose la nueva demanda en un verdadero intento por confundir a la jurisdicción, ya que la solicitud que sirvió para la expedición de la Resolución No. 042958 del 16 de abril de 2012 aquí demandada, en realidad lo que buscaba era revivir el debate ya concluido sobre la inclusión de los viáticos como factor salarial en la liquidación de la pensión de jubilación del demandante.

No sobra comentar que, no obstante el impugnante no planteó como argumento de la apelación el hecho de la existencia de la sentencia de unificación que esgrimió como sustento de su solicitud (ver escrito que obra a folios 9 a 12 cdno. Principal No. 1), pues ni hizo mención alguna al respecto en su intervención oral, la Sala encuentra propicio precisar que tal circunstancia no constituye un nuevo elemento para reabrir el caso, pues, de una parte, su ocurrencia no fue anterior sino posterior a la decisión de fondo en el primer proceso planteado y, en segundo lugar, y como razón de mayor peso, el debate jurídico por la reclamación de la inclusión de los viáticos como factor de liquidación de la pensión de jubilación del accionante, fue resuelto con sustento en normas legales vigentes para la época en que el demandante adquirió su *status*, no existiendo por tanto vacíos normativos para resolver el asunto, por lo que no resulta de aplicación para este evento la jurisprudencia, por tratarse de un criterio auxiliar de la actividad judicial, acorde con lo establecido por el artículo 230 de la Carta Política.

Suficientes los anteriores razonamientos para explicar que resultan infundados los argumentos de la apelación planteada por el demandante contra la decisión del *a quo*, respecto de la “*cosa juzgada parcial*”, por lo que, en tal sentido, merece confirmación sin modificaciones.

Ahora bien, en cuanto al pronunciamiento oficioso sobre la segunda excepción estudiada y declarada próspera por el *a quo*, no obstante no haber sido objeto de impugnación por el demandante, habrá de abordarse el tema en razón de advertida irregularidad que vulnera la efectividad del derecho fundamental al debido proceso, como a continuación se explica.

En efecto, acorde con lo previsto por el numeral 6° del artículo 180 de la Ley 1437 de 2011, una de sus finalidades es resolver todas las situaciones que se constituyan en deficiencias **formales** que puedan inhibir un pronunciamiento de fondo sobre las pretensiones de la demanda, por lo que en la audiencia inicial el funcionario judicial deberá decidir tan sólo las **excepciones que tengan la calidad de previas**, es decir, aquellas que se encaminen a atacar la **forma** del proceso, en procura de evitar decisiones inhibitorias; también podrá resolver, como lo anuncia la norma, las excepciones de cosa juzgada, caducidad, transacción, conciliación, falta de legitimación en la causa y prescripción extintiva, **pero, en todo caso**, encaminadas a atacar el ejercicio de la **acción**, mas no de la **pretensión**, pues frente a esta fueron previstas las excepciones de mérito cuyo objeto es controvertir la existencia misma y alcance del derecho reclamado por la parte demandante, por lo que tienen la virtud de enervar las pretensiones y provocar que el fallo correspondiente se constituya en cosa juzgada, dando término de manera definitiva al debate planteado.

Dada la claridad del ordenamiento jurídico citado en precedencia, fuerza concluir que será revocado el pronunciamiento oficioso del *a quo*, efectuado en la audiencia inicial para declarar anticipadamente la **prescripción del derecho** reclamado por el demandante, pues su fundamento merece reproche, al no consultar el espíritu de la norma que regula la actividad judicial en el trámite de los asuntos sometidos a conocimiento de la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

V. CONCLUSIÓN

Corolario de lo explicado en precedencia, se declarará infundado el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la decisión adoptada por el Tribunal Administrativo de Santander, en lo que concierne a la excepción de “*cosa juzgada parcial*”; pero, se revocará, de manera oficiosa, en cuanto refiere a la excepción de “*prescripción*”, disponiendo la devolución del expediente a su lugar

de origen para que continúe con el curso normal del proceso y profiera la decisión de mérito a que hubiere lugar, ya que el trámite procesal se encuentra concluido con la presentación de los alegatos de conclusión.

En mérito de lo expuesto, la Sala

RESUELVE

1.- DECLÁRASE infundado el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la providencia proferida en la audiencia inicial realizada por el Tribunal Administrativo de Santander el día veintisiete (27) de mayo de dos mil trece (2013), en lo que concierne a la decisión allí adoptada frente a la excepción de “*Cosa Juzgada Parcial*”, acorde con lo explicado en la motivación precedente.

2.- REVÓCASE, de manera oficiosa, lo resuelto por el Tribunal de Santander en providencia proferida dentro de la mencionada audiencia inicial, en lo que refiere a la excepción de “*prescripción*”, dado el inoportuno pronunciamiento sobre una excepción de mérito, cuya naturaleza posibilita su resolución tan sólo en la sentencia que decida el fondo del asunto.

3.- DEVUÉLVASE el expediente a su lugar de origen para que prosiga el curso normal del proceso.

COPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

La anterior providencia fue considerada y aprobada por la Sala en sesión celebrada en la fecha.

GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN

ALFONSO VARGAS RINCÓN

LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO