

**ACCIÓN DE LESIVIDAD – Cosa juzgada / CONDENA EN COSTAS DE ENTIDAD PÚBLICA – Presupuestos. Cosa juzgada. Mala fe**

A partir de la modificación introducida por la Ley 446 de 1998, procede la condena en costas a las entidades públicas, situación que anteriormente no resultaba factible. En estas condiciones, es claro para la Sala que actualmente, en todos los procesos contenciosos, **con excepción de las acciones públicas**, procede la condena en costas a la parte vencida, cuando su conducta procesal ha incurrido en temeridad, abuso del derecho o mala fe. El artículo 171 del C.C.A prevé la posibilidad de la condena en costas, dejando a salvo las acciones públicas, lo cual no corresponde a la acción de lesividad instaurada, pues ésta comporta una acción de nulidad y restablecimiento del derecho ejercida por la administración contra su propio acto. La Sala ya se ha pronunciado sobre la naturaleza y características de la acción de lesividad para precisar que se trata de una acción subjetiva que procede en todos aquellos casos en que la administración advierta una causal de nulidad de su propio acto. Previamente, cabe advertir que la entidad demandante, en este caso, la Universidad del Atlántico, fue vencida, tanto en el proceso, como en el trámite del recurso de apelación, toda vez que no salieron avantes sus pretensiones incoadas por encontrarse demostrada la excepción de cosa juzgada respecto de la misma causa petendi incoada en el proceso 08001-23-31-000-03718-03, que culminó con sentencia de 25 de octubre de 2012, proferida en segunda instancia por esta Sala. De suerte que el actuar de la entidad pública, al promover, por segunda vez, la misma acción de lesividad con idéntica causa petendi, denota un acto procesal reprochable, el ejercicio abusivo del derecho de acción, con la finalidad de obtener dos pronunciamientos de la jurisdicción sobre un mismo objeto, conducta que sin lugar a dudas, desatiende el deber de obrar con lealtad y buena fe ante la administración de justicia, poniendo en evidencia el obrar ilegítimo de la parte vencida. Al respecto, el numeral 1 del artículo 74 del C. de P.C. señala que hay temeridad o mala fe cuando es manifiesta la carencia de fundamento legal de la demanda.

**FUENTE FORMAL:** CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO – ARTICULO 171 / LEY 446 DE 1998 – ARTICULO 55 / CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL – ARTICULO 74 NUMERAL 1

**EXCEPCION DE COSA JUZGADA – Efectos**

La cosa juzgada “es una cualidad inherente a las sentencias ejecutoriadas, por la cual aquéllas resultan inmutables, inimpugnables y obligatorias, lo que hace que el asunto sobre el cual ellas deciden no pueda volver a debatirse en el futuro, ni dentro del mismo proceso, ni dentro de otro entre las mismas partes y que persiga igual objeto”. Como consecuencia de lo anterior, la Sala procederá a revocar la sentencia de primera instancia, y a declarar probada la excepción de cosa juzgada en relación con la “causa petendi” juzgada, situación que impide a la Sala de emitir nuevo pronunciamiento sobre el mismo asunto.

**FUENTE FORMAL:** CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO – ARTICULO 164

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCION SEGUNDA**

## **SUBSECCION "B"**

**Consejero ponente: GERARDO ARENAS MONSALVE**

Bogotá D.C., cuatro (4) de julio de dos mil trece (2013).

**Radicación número: 08001-23-31-000-2007-01000-02(1440-12)**

**Actor: UNIVERSIDAD DEL ATLÁNTICO**

**Demandado: ANTONIA HENRIQUEZ FONTALVO**

### **AUTORIDADES DEPARTAMENTALES**

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la entidad demandante contra la sentencia del 31 de enero de 2012, proferida por el Tribunal Administrativo del Atlántico que denegó las súplicas de la demanda promovida por la Universidad del Atlántico contra la señora Antonia Henríquez Fontalvo.

### **ANTECEDENTES**

La Universidad del Atlántico en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 85 del C.C.A., solicita que se decrete la nulidad, previa suspensión provisional, del acto administrativo contenido en la Resolución No. 000112 de 14 de febrero de 1997, proferida por el Rector de la Universidad del Atlántico y por el Gerente de la Caja de Previsión Social de la misma Universidad, mediante la cual se reconoce una pensión de jubilación a la señora Antonia Henríquez Fontalvo.

Los **hechos** de la demanda se resumen así:

.- La señora Antonia Henríquez Fontalvo nació el 17 de abril de 1952 y laboró en la Universidad del Atlántico del 13 de septiembre de 1974 al 30 de junio de 1996, como Secretaria, correspondiendo el cargo y las funciones desempeñadas, a la noción de "empleo público", al tenor del artículo 5 del Decreto 3135 de 1968.

.- Mediante Resolución No. 000112 de 14 de febrero de 1997, suscrita por el Rector y el Gerente de la Caja de Previsión Social, le fue reconocida la pensión de jubilación, con fundamento en la Convención Colectiva de 1976 cláusula 9 literal b), con un monto del 100% del salario promedio, incluyendo factores salariales extralegales.

.- El marco jurídico pensional de la demandada era la Ley 33 de 1985, que establecía como requisitos para obtener la pensión, 55 años de edad y 20 años de servicio, y un porcentaje del 75% del promedio del salario devengado durante el último año de labor.

.- La demandada en su condición de empleada pública no podía beneficiarse de la Convención Colectiva.

### **NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN**

Como normas violadas se citan en la demanda las siguientes:

**De la Constitución Política**, artículos 4, 13, 55, 123, 125 y 150.

**Del Orden Legal.**

Ley 33 de 1985.

Artículos 2, 3, 414, 416 y 467 del C.S.T.

Decreto 3135 de 1968, artículo 5.

Ley 4 de 1992.

Ley 100 de 1993, artículo 36.

Ley 80 de 1980, artículos 50, 97 y 122.

Ley 30 de 1992.

Decreto 1158 de 1994.

Al explicar el concepto de violación la entidad demandante expresa que la señora Antonia Henríquez Fontalvo, en su condición de empleada pública, no podía beneficiarse de la Convención Colectiva de Trabajo de 1976, toda vez que el régimen de prestaciones sociales de los empleados públicos lo determina la ley y en ese orden de ideas, el marco jurídico pensional aplicable era la Ley 33 de 1985, que establecía como requisitos, 20 años de servicios, 55 años de edad y un monto porcentual del 75%. No obstante, el acto demandado le reconoció la pensión de jubilación en un monto porcentual del 100%, incluyendo factores salariales extralegales, con fundamento en la cláusula 9 de la convención colectiva de trabajo.

#### **SUSPENSION PROVISIONAL**

En acápite especial, la entidad demandante solicitó la suspensión provisional del acto acusado argumentando que la señora Antonia Henríquez Fontalvo no podía beneficiarse de la Convención Colectiva de Trabajo de 1976, dado que ostentaba la condición de empleada pública, y en tal sentido, el régimen jurídico aplicable a su situación pensional era el establecido en la Ley 33 de 1985, en virtud del cual, el monto pensional es el 75% del salario promedio del último año; en cuanto a los factores salariales, consideró que debían aplicarse los establecidos en el artículo 1° del Decreto 1158 de 1994.

Esta petición fue resuelta de manera desfavorable por el Tribunal en auto de 19 de diciembre de 2007, al considerar que no se apreciaba, por simple confrontación del acto acusado, la violación ostensible de las normas superiores invocadas (fls. 117 a 122).

Contra la decisión anterior, la apoderada de la entidad demandante interpuso recurso de apelación (fls. 123 a 127), el cual fue resuelto por la Sala, mediante auto de 19 de noviembre de 2009, confirmando la decisión al considerar que resultaba prematuro establecer prima facie la vulneración manifiesta aducida por el ente demandante y debido a que la situación jurídica pensional de la demandada eventualmente podría encontrarse consolidada al momento de entrar en vigencia la Ley 100 de 1993 (fls.163 a 167).

#### **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

La señora Antonia Henríquez Fontalvo no contestó la demanda.

#### **SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

El Tribunal Administrativo del Atlántico en sentencia proferida el 31 de enero de 2012 denegó las súplicas de la demanda, con los siguientes argumentos (fls. 181 a 198):

Manifestó que la situación de la actora quedó consolidada con fundamento en normas extralegales antes del 30 de junio de 1995, por lo tanto, su pensión de jubilación quedó convalidada por el artículo 146 de la Ley 100 de 1993, apoyó su argumento en el precedente jurisprudencial del Tribunal y de esta Corporación, contenido en la Sentencia de unificación de 29 de septiembre de 2011, radicación número: 08001-23-31-000-2005-02866-03 (2434-10).

### **RECURSO DE APELACIÓN**

El apoderado de la Universidad del Atlántico interpuso recurso de apelación contra la anterior providencia, con los argumentos que a continuación se resumen (fls. 200 a 209):

Indicó que el artículo 146 de la Ley 100 de 1993 no es un amparo para situaciones nacidas contra el mandato constitucional, por lo que la situación pensional de la actora debió resolverse a la luz de la normatividad vigente para empleados públicos en materia pensional.

Manifestó que dicha regla no se refiere a actos convencionales, pues los mismos no constituyen un “precepto legal o reglamentario, deliberación, orden y mandato de la autoridad”; en este sentido, precisó que la pensión que ampara el artículo 146 es aquella que se reconoce con base en disposiciones departamentales o municipales, por consiguiente, no puede cobijar aquellas situaciones a las cuales, por una razón u otra, no le es aplicable la disposición departamental o municipal.

Reiteró que la demandada no podía beneficiarse de la Convención Colectiva de Trabajo de 1976 por su condición de empleada pública, y expresó que los actos que reconocen prestaciones periódicas irregularmente sólo generan una apariencia de derecho susceptible de ser demandada en cualquier tiempo, apoyó sus argumentos en sentencia C-1049 de 2004 de la Corte Constitucional.

### **ALEGATOS DE CONCLUSION**

La parte actora reiteró los argumentos expuestos en el recurso de apelación, en lo que concierne a la improcedencia del reconocimiento pensional de la demandada, con fundamento en los beneficios pactados en la Convención Colectiva de 1976 (fls. 218 a 221). La parte demandada guardó silencio.

### **CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO**

El señor Procurador Segundo Delegado ante esta Corporación, en escrito visible a folios 223 a 227, emitió concepto de fondo en el que solicitó confirmar en su integridad la decisión de primera instancia, con los siguientes argumentos:

Manifestó que el reconocimiento pensional de la demandada se efectuó con base en lo estipulado en el literal b) del artículo 9) de la Convención Colectiva de 1976, suscrita entre la Universidad del Atlántico y el Sindicato de Trabajadores, situación jurídica que fue consolidada con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, por lo que consideró que su derecho pensional quedó convalidado por el artículo 146 de la citada ley.

## CONSIDERACIONES

### 1. Problema jurídico

En los términos del recurso de apelación interpuesto por la entidad demandante, corresponde a la Sala determinar si era procedente el reconocimiento pensional a favor de la señora Antonia Henríquez Fontalvo conforme a lo dispuesto en la Convención Colectiva de Trabajo suscrita entre la Universidad del Atlántico, la Asociación Sindical de Profesores Universitarios y el Sindicato de Trabajadores.

### 2. Cuestión Previa: De la posible configuración de la excepción de Cosa Juzgada y su declaratoria de oficio.

A pesar de que la parte demandada, en ninguna de las oportunidades procesales establecidas para tal efecto, propuso la excepción de **cosa juzgada**, tal omisión, no impide que la Sala, advirtiendo la existencia de la misma, proceda a declararla de oficio en esta oportunidad, toda vez que al consultar el Sistema de Gestión Siglo XXI, fue posible establecer que la Resolución No. 000112 de 14 de febrero de 1997, ya había sido objeto de demanda de Nulidad y Restablecimiento del derecho, instaurada por la Universidad del Atlántico, correspondiendo al proceso radicado con el número 08001-23-31-000-2005-03718-03, de conocimiento del Magistrado que ahora actúa como ponente, dentro del cual se profirió sentencia el 25 de octubre de 2012, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda, con los siguientes argumentos:

“En el asunto bajo estudio la Universidad del Atlántico solicita la declaratoria de nulidad de la Resolución 000112 de 14 de febrero de 1997 mediante la cual le reconoció una pensión mensual vitalicia de jubilación a la señora Antonia Henríquez Fontalvo, con fundamento en la Convención de Colectiva de Trabajo suscrita entre la Universidad, la Asociación Sindical de Profesores Universitarios y el Sindicato de Trabajadores de la Universidad del Atlántico.

El Tribunal Administrativo del Atlántico negó las pretensiones de la demanda al considerar que según el artículo 146 de la Ley 100 de 1993, se avaló la ilegalidad de las situaciones jurídicas individuales que en materia de pensión de jubilación habían sido reconocidas por actos jurídicos emanados de autoridades territoriales o por convenciones colectivas de trabajo, donde también interviene la aquiescencia de la autoridad administrativa.

Visto lo anterior para dar respuesta al problema jurídico planteado, en primer lugar la Sala deberá establecer si la situación particular de la señora Antonia Henríquez Fontalvo, en punto a su derecho pensional, se encuentra cobijada por la convalidación dispuesta en el artículo 146 de la Ley 100 de 1993, para lo cual hará las siguientes consideraciones:

Para la Sala resulta pertinente precisar, en primer lugar, que por regla general todas aquellas situaciones jurídicas individuales consolidadas a favor de empleados de entidades territoriales y de sus organismos descentralizados antes de entrar a regir la Ley 100 de 1993 (30 de junio de 1995), con fundamento en disposiciones municipales o departamentales de carácter extralegal, continuaron vigentes.

De igual forma, es necesario destacar que a pesar de la declaratoria de inexecutable del inciso segundo del artículo 146 de la Ley 100 de 1993<sup>1</sup>, el cual extendió el beneficio ya comentado a aquellas situaciones consolidadas dentro de los dos (2) años siguientes a su entrada en vigencia, deben avalarse las situaciones que durante la vigencia del texto inicial del artículo 146 de la Ley 100 de 1993 se adquirieron, así lo ha señalado esta Sala en jurisprudencia reiterada en los siguientes términos:

“A pesar de la claridad de dicha afirmación, la operancia de la protección inicial por dos años regulada por la Ley genera un conflicto frente a los efectos de la Sentencia C-410 de 1997, así:

- Los efectos de las sentencias de la Corte Constitucional por las cuales se decide la declaratoria de inexecutable de una norma, por regla general, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 45 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, tienen efectos hacia futuro; salvo que la misma Corte expresamente manifieste los alcances que le da a la misma.

- En el presente asunto la Corte Constitucional reconoció **para efectos de fijar su competencia** que al momento del **fallo los dos años ya habían transcurrido**, pero que podían existir situaciones aún no definidas que se verían afectadas por el pronunciamiento, razón por la cual el mismo era necesario. Al respecto, argumentó:

“Es pertinente precisar ante todo, que aunque el término de dos años fijado en el artículo 146 de la Ley 100 de 1993, a partir de la vigencia de esta para que los servidores públicos del orden departamental y municipal tengan derecho a pensionarse, ya se cumplió - pues ella entró a regir el 23 de diciembre de 1993 -, es evidente que dicho precepto aún sigue produciendo efectos jurídicos en relación con quienes se encontraban en dicha situación y se encuentran aún en proceso de definición, lo que hace indispensable realizar el examen de constitucionalidad con respecto a la norma demandada.”.

- En la Sentencia C- 410 de 1997 la Corte no moduló los efectos de la declaratoria de inconstitucionalidad del aparte en estudio, razón por la cual, ha de entenderse que ellos son ex nunc. Lo anterior implica que deben avalarse las situaciones que durante la vigencia del texto inicial del artículo 146 de la Ley 100 de 1993 se adquirieron.

- Por lo expuesto, resulta válido afirmar que no sólo las situaciones que se consolidaron o adquirieron con anterioridad al 30 de junio de 1995 con fundamento en normas municipales o departamentales, se reitera, **a pesar de su ilegalidad**, quedan amparadas por lo dispuesto en el artículo 146 de la Ley 100 de 1993; sino también aquellas que se adquirieron antes del 30 de junio de 1997, pues, se reitera, estas últimas no se vieron afectadas por la declaratoria de inexecutable efectuada con la Sentencia C-410 de 28 de agosto de 1997, dados los efectos de la misma”.<sup>2</sup>

En tales condiciones, para la Sala como quiera que, en el caso concreto, la señora Antonia Henríquez Fontalvo obtuvo su reconocimiento pensional el 14 de febrero de 1997, esto es, dentro de los dos (2) años siguientes a la entrada en

<sup>1</sup> En los términos ya referidos en el en el marco jurídico y jurisprudencial de esta providencia

<sup>2</sup> Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia de 7 de octubre de 2010, M.P. Dr. VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA. Exp. 1484-09

vigencia de la Ley 100 de 1993<sup>3</sup>, no hay duda que consolidó su situación jurídica particular al tenor de lo dispuesto en el artículo 146 ibídem, lo cual debe respetarse.

Ahora bien respecto de la aplicación de la convención colectiva se tiene probado en el proceso que mediante la Resolución 000112 de 14 de febrero de 1997 la Universidad del Atlántico le reconoció a la señora Antonia Henríquez Fontalvo pensión mensual vitalicia de jubilación por estar vinculada a la Universidad del Atlántico desde el 13 de septiembre de 1974 hasta el 01 de julio de 1996 (fls. 42 y 43); y que el referido reconocimiento tuvo como fundamento el literal b) del artículo 9 de la Convención Colectiva de Trabajo, suscrita el 5 de abril de 1976 entre la Universidad del Atlántico, la Asociación Sindical de Profesores Universitarios y el Sindicato de Trabajadores, cuyo texto dispone (folios 32 a 41):

“Artículo 9º. La Universidad pagará a los profesores y trabajadores la pensión de jubilación según las siguientes reglas:

- a) Con más de diez (10) años de servicio y menos de quince (15) a cualquier edad, y si es retirado sin justa causa, o sesenta (60) años de edad y se retire voluntariamente.
- b) Con quince (15) o más años de servicio y menos de veinte (20) a cualquier edad si es retirado sin justa causa o renuncie voluntariamente.
- c) Con veinte (20) años de servicios o más, cualquiera que sea la causa de la terminación del contrato y al (sic) cualquier edad.
- d) El monto de la pensión mensual de jubilación será equivalente al cinco por ciento (5%) del mayor salario mensual de su categoría por cada año de servicio sin el tope máximo legal.

Esta pensión de jubilación se reajustará al reajustarse los salarios del personal docente y trabajadores activo (sic)

- e) Los años de servicios se entienden continuos (sic) y discontinuos prestados a la Universidad.

PARÁGRAFO 1º. La jubilación que se otorgue (sic) con base en el tiempo de servicio trabajado en otras entidades oficiales será según las normas legales, pero la cuota parte que le corresponda a la Universidad pagar se calculará con base en este artículo”.

En efecto, en el caso concreto la entidad le reconoció pensión de jubilación a la demandada al cumplir el requisito establecido en la Convención ya referida, esto es, contar con más de 15 años de servicios, de acuerdo con la certificación de servicios prestados.

Consecuente con lo anterior y como la señora Antonia Henríquez Fontalvo cumplió con el requisito de tiempo de servicios para obtener derecho a la pensión de jubilación en los términos de la Convención Colectiva referida, **dentro de los dos (2) años siguientes a la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones previsto en la Ley 100 de 1993**<sup>7</sup>, es dable concluir, sin lugar a dudas, que se encontraba cobijada por la convalidación dispuesta en el artículo

<sup>3</sup> La Ley 100 de 1993 entró en vigencia el 23 de diciembre de 1993 y según el artículo 151 ibídem, a más tardar el 30 de junio 1995 debía entrar en vigencia el Sistema General de Pensiones en el orden territorial de la administración pública, cobijando las situaciones que estaban por consolidarse incluso hasta dos años más a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993. Así las cosas, también quedan amparados por lo dispuesto en el artículo 146 de la Ley 100 de 1993 aquellos reconocimientos pensionales que se adquirieron antes del **30 de junio de 1997**, pues, se reitera, estas últimas no se vieron afectadas por la declaratoria de inexecutable efectuada con la Sentencia C-410 de 28 de agosto de 1997, dados los efectos de la misma.”

<sup>7</sup> Antes del 30 de junio de 1997.

146 de la Ley 100 de 1993, y por lo tanto tenía derecho a que su pensión fuera liquidada con la inclusión de todos los factores salariales devengados durante el último año de servicios, al tenor de la referida Convención Colectiva de 1976, la cual se encontraba vigente al momento de consolidar su situación jurídica pensional.

Respecto al requisito de la edad debe precisarse que la estipulación convencional consagrada en el literal b), artículo 9°, imponía como requisito quince (15) años de servicios o más y **cualquier edad**, por ende, en los términos de la referida convención, no se determinó un límite de edad. En cuanto al monto porcentual reconocido -100% del salario promedio recibido en el último año de servicios-, es pertinente anotar que el mismo se subsume dentro del literal d) del artículo 9° de la referida Convención Colectiva de 1976.

En tales condiciones, teniendo en cuenta que la demandada consolidó su situación jurídica particular en los términos del artículo 146 de la Ley 100 de 1993, es coherente precisar que el acto acusado conserva su presunción de legalidad, y en ese orden de ideas debe confirmarse la sentencia apelada que negó las pretensiones de la demanda”.

En efecto, la Sala, al resolver la acción de nulidad y restablecimiento del derecho contra la Resolución No. 000112 de 14 de febrero de 1997, mediante la sentencia anteriormente transcrita, se pronunció sobre idénticas pretensiones y hechos a los que se refiere el presente proceso, pronunciamiento judicial que constituye cosa juzgada frente a la nueva acción instaurada por la Universidad del Atlántico.

En efecto, el artículo 175 del C.C.A., consagra lo siguiente:

“La sentencia que declare la nulidad de un acto administrativo tendrá fuerza de cosa juzgada erga omnes.

La que niegue la nulidad pedida producirá cosa juzgada "erga omnes" pero sólo en relación con la "causa petendi" juzgada.

La sentencia dictada en procesos relativos a contratos y de reparación directa y cumplimiento, producirá cosa juzgada frente a otro proceso que tenga el mismo objeto y la misma causa y siempre que entre ambos procesos haya identidad jurídica de partes; la proferida en procesos de restablecimiento del derecho aprovechará a quien hubiere intervenido en el proceso y obtenido esta declaración a su favor.

Cuando por sentencia ejecutoriada se declare la nulidad de una ordenanza o de un acuerdo intendencial, comisarial, distrital o municipal, en todo o en parte, quedarán sin efectos en lo pertinente los decretos reglamentarios.” (subrayado fuera de texto).

A su vez, el artículo 332 del C.P.C., establece que la cosa juzgada se configura en los siguientes términos:

“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.



(...).”

La cosa juzgada “es una cualidad inherente a las sentencias ejecutoriadas, por la cual aquéllas resultan inmutables, inimpugnables y obligatorias, lo que hace que el asunto sobre el cual ellas deciden no pueda volver a debatirse en el futuro, ni dentro del mismo proceso, ni dentro de otro entre las mismas partes y que persiga igual objeto”<sup>4</sup>.

La importancia de este atributo de las sentencias judiciales, deviene de su propia finalidad, cual es la de conferir estabilidad, firmeza y certeza a las decisiones judiciales, evitando que el mismo asunto pueda ser debatido indefinidamente ante la jurisdicción.

En el caso concreto, se demanda la nulidad de la Resolución No. 000112 del 14 de febrero de 1997, expedida por el Rector de la Universidad del Atlántico y el Gerente de la Caja de Previsión de la misma, por la cual se reconoció una pensión de jubilación a la señora Antonia Henríquez Fontalvo, con fundamento en la cláusula 9 literal b) de la Convención Colectiva de 1976, sin cumplir el requisito de edad que exige la Ley 33 de 1985, en un monto equivalente al 100% del salario promedio del último año, incluyendo factores salariales extralegales.

Al comparar la controversia planteada en el sub lite, con la definida mediante sentencia de 25 de octubre de 2012, proferida dentro del proceso radicado con el número 08001-23-31-000-2005-03718-03, correspondiente a la acción de nulidad y restablecimiento del derecho promovida por la Universidad del Atlántico contra la Resolución No. 000112 de 14 de febrero de 1997, la Sala advierte que existe identidad de partes, de objeto y de causa petendi, siendo evidente que la Universidad del Atlántico acudió nuevamente a la jurisdicción, para obtener decisión sobre un asunto previamente definido entre las partes, mediante sentencia que se encuentra ejecutoriada.

En relación con la identidad de objeto, se encuentra que las pretensiones y los hechos en ambos casos, giran en torno a la declaratoria de nulidad de la Resolución No. 000112 de 14 de febrero de 1997, mediante la cual se reconoció pensión de jubilación a la señora Antonia Henríquez Fontalvo, con fundamento en la Convención Colectiva de Trabajo de 1976, suscrita entre la Universidad del Atlántico y el Sindicato de Trabajadores de la Universidad.

Sobre la identidad de causa, se aprecia que las razones o motivos que se invocan por la Universidad del Atlántico al formular las pretensiones de la demanda de la referencia, son las mismas invocadas en el proceso anterior, y tienen que ver con la violación del régimen jurídico pensional aplicable a la actora en su condición de empleada pública.

En cuanto a la identidad jurídica de las partes, se tiene que en ambos procesos actúa como demandante la Universidad del Atlántico y como demandada, la señora Antonia Henríquez Fontalvo.

En este orden de ideas, se configura la excepción de cosa juzgada, la cual procede la Sala a declarar de oficio, conforme al artículo 164 del C.C.A, atendiendo que no es posible emitir nuevo pronunciamiento sobre el mismo asunto.

---

<sup>4</sup> Corte Constitucional, sentencia C-522 de 2009, M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

Como consecuencia de lo anterior, la Sala procederá a revocar la sentencia de primera instancia, y a declarar probada la excepción de cosa juzgada en relación con la “causa petendi” juzgada, situación que impide a la Sala de emitir nuevo pronunciamiento sobre el mismo asunto.

## **COSTAS**

La condena en costas es una institución del derecho procesal cuyo fin es sancionar a la parte que resulta vencida en un proceso, incidente o recurso.

El artículo 171 del Código Contencioso Administrativo, modificado por la Ley 446 de 1998, artículo 55, al regular las costas estableció lo siguiente:

“Condena en costas. En todos los procesos, con excepción de las acciones públicas, el juez, teniendo en cuenta la conducta asumida por las partes, podrá condenar en costas a la vencida en el proceso, incidente o recurso, en los términos del Código de Procedimiento Civil”.

Sobre dicha norma, la Corporación<sup>5</sup> destacó que “con la nueva regulación se establece la igualdad procesal al disponer que en todos los procesos podrá haber condena en costas contra la parte vencida en el juicio, lo que hace también sujeto pasivo de las costas a las entidades públicas, como quiera que bajo el régimen anterior sólo estaba instituida la condena para el litigante particular vencido en el proceso, incidente o recurso”.

Por su parte, el artículo 392 del Código de Procedimiento Civil, modificado por el artículo 42 de la Ley 794 de 2003, señaló:

“Condena en costas. En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia, la condenación en costas se sujetará a las siguientes reglas:

1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación o revisión que haya propuesto. Además, en los casos especiales previstos en este código.
2. La condena se hará en sentencia; cuando se trata de auto que sin poner fin al proceso resuelva el incidente o los trámites especiales que lo sustituyen, señalados en el numeral 4° del artículo 351, el recurso y la oposición, la condena se impondrá cuando sea manifiesta la carencia de fundamento legal o cuando a sabiendas se aleguen hechos contrarios a la realidad.
3. En la sentencia de segundo grado que confirme en todas sus partes la del inferior, se condenará al recurrente en las costas de la segunda instancia.
4. Cuando la sentencia de segundo grado revoque totalmente la del inferior, la parte vencida será condena a pagar las costas de ambas instancias.
5. Cuando se trate del recurso de apelación de un auto que no ponga fin al proceso, no habrá costas en segunda instancia.

---

<sup>5</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero ponente: JUAN ANGEL PALACIO HINCAPIE. Sentencia de 5 de octubre de 2001. Radicación número: 05001-23-25-000-1996-2153-01(12425). Actor: E.R. SQUIBB Y SONS INTERAMERICAN CORPORATION SUCURSAL COLOMBIA. Demandado: MUNICIPIO DE MEDELLIN.

6. En caso de que prospere parcialmente la demanda, el juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial, expresando los fundamentos de su decisión.
7. Cuando fueren dos o más litigantes que deban pagar las costas, el juez los condenará en proporción a su interés en el proceso, si nada se dispone al respecto, se entenderán distribuidas por partes iguales entre ellos.
8. Si fueren varios los litigantes favorecidos con la condena en costas, a cada uno de ellos se les reconocerán los gastos que hubiere sufragado y se harán por separado las liquidaciones.
9. Sólo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación.
10. Las estipulaciones de las partes en materia de costas se tendrán por no escritas. Sin embargo podrán renunciarse después de decretadas y en los casos de desistimiento o transacción.”

De las disposiciones transcritas es posible establecer que, a partir de la modificación introducida por la Ley 446 de 1998, procede la condena en costas a las entidades públicas, situación que anteriormente no resultaba factible. En estas condiciones, es claro para la Sala que actualmente, en todos los procesos contenciosos, **con excepción de las acciones públicas**, procede la condena en costas a la parte vencida, cuando su conducta procesal ha incurrido en temeridad, abuso del derecho o mala fe.

La Corte Constitucional<sup>6</sup>, señaló que, el numeral 1° del referido artículo 392 del C.P.C, establece una responsabilidad objetiva en materia de condena en costas, que no resulta completamente aplicable a los procesos contenciosos administrativos, ya que “su redacción no permite tener cuenta la conducta de las partes dentro del proceso a efectos de definir su responsabilidad por el pago de las costas, al paso que la norma especial del C.C.A obliga a valorar ese comportamiento procesal, para esos mismos efectos”. De esta manera, cabe precisar que en lo atinente a los presupuestos de procedencia de la condena en costas en materia contenciosa administrativa, debe acudirse al artículo 171 del C.C.A, norma especial que condiciona la condena en costas, a la evaluación de la **conducta procesal de las partes**, definiendo de esta manera un carácter subjetivo de la responsabilidad por el reembolso de dichas costas.

En tal sentido, ya la Corporación<sup>7</sup> había precisado lo siguiente:

“... es menester tener presente que la voluntad del legislador plasmada en la Ley 446 de 1.998, introdujo sustanciales cambios en punto a los criterios incidentes en la fijación de la responsabilidad atinente a la cancelación de costas. En efecto, de una parte, posibilitó la condena en costas a cargo de la entidad pública vencida en el proceso, la que no era factible bajo el régimen anterior a la Ley 446, toda vez que el precepto orientador de la acción del juez del proceso en tal materia, sólo contempla como sujeto pasivo de dicha obligación al litigante particular vencido. **De otra parte, sujetó la determinación de condena en costas a cargo de la parte vencida, al presupuesto de una valoración por parte del juez, enderezada a verificar la causación y demostración del detrimento patrimonial de quien concurrió al proceso en defensa de sus intereses.** En efecto, aunque el artículo 72 y los numerales 1°, 7° y 8° del artículo 392 C.P.C., la condena en costas opera de manera objetiva contra la parte vencida dentro del proceso, no lo es menos que en lo relacionado con la jurisdicción de lo contencioso administrativo, **ante la existencia de norma especial que condiciona a “la conducta de las partes” la**

<sup>6</sup> Corte Constitucional, sentencia SC-043/04 de 26 de enero de 2004. MP. Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra.

<sup>7</sup> Consejo de Estado. Sentencia del 8 de marzo de 2001. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. C.P Olga Inés Navarrete Barrero.

**condena en costas, no opera de manera automática dicha condena, pues dispone el artículo 171 del C.C.A.** “En todos los procesos, con excepción de las acciones públicas de nulidad, el juez, teniendo en cuenta la conducta asumida por las partes, podrá condenar en costas a la vencida en el proceso, incidente o recurso, en los términos del Código de Procedimiento Civil” Por lo tanto la remisión que hace la norma transcrita al C.P.C. tiene por efecto aplicar las mismas reglas de la condenación en costas, pero no para adoptar el criterio objetivo que contienen las mismas.” (Negrillas y subrayas fuera del original)

En este orden de ideas, concluye la Sala que, en materia contenciosa administrativa, los presupuestos para que proceda la condena en costas, de acuerdo con las disposiciones transcritas, son los siguientes: (i) que la acción no sea pública, (ii) que la conducta asumida por la parte vencida haya incurrido en temeridad, abuso del derecho o mala fe.

**(i) Que no se trate de una acción pública.**

Se reputan como públicas, aquellas acciones en las que “no cabe hablar de legitimación en la causa ni siquiera para la parte demandante, por cuanto en éstas las personas, sean naturales o jurídicas, están facultadas siempre para pedir sentencia de fondo, sin restricción alguna y sin tener que acreditar una cualidad subjetiva especial”<sup>8</sup>. Así las cosas, si a todos interesa el sometimiento a la legalidad, la parte activa de la relación jurídica procesal en esta clase de acciones la puede integrar válida y suficientemente cualquier persona.

El artículo 171 del C.C.A prevé la posibilidad de la condena en costas, dejando a salvo las acciones públicas, lo cual no corresponde a la acción de lesividad instaurada, pues ésta comporta una acción de nulidad y restablecimiento del derecho ejercida por la administración contra su propio acto.

La Sala<sup>9</sup> ya se ha pronunciado sobre la naturaleza y características de la acción de lesividad para precisar que se trata de una acción subjetiva que procede en todos aquellos casos en que la administración advierta una causal de nulidad de su propio acto, así, indicó:

**“2.- La Acción de nulidad y restablecimiento del derecho contra el acto propio.**

El Código Contencioso Administrativo establece en forma taxativa las causales que imponen a la Administración la revocatoria directa de sus actos, ya sea de oficio o a solicitud del particular. Tales causales, previstas en el artículo 69 son las siguientes:

- Que se evidencie una manifiesta oposición entre el acto respectivo y la Constitución o la ley, esto es, que la oposición sea grosera y que salte de bulto, razón por la cual no se deben hacer grandes elucubraciones para concluir la violación constitucional o legal.

- Que haya falta de conformidad con el interés público o social, esto es, que el acto administrativo en cuestión no contraríe los intereses generales, causal

<sup>8</sup> Carlos Betancur Jaramillo. Derecho Procesal Administrativo. Señal Editora, 2002.

<sup>9</sup> Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección “B”. Consejero Ponente: GERARDO ARENAS MONSALVE. Bogotá, D.C., sentencia de 12 de agosto de 2010. Radicación número: 25000-23-25-000-2004-01080-01(0423-09). Actor: HOSPITAL LA VICTORIA III NIVEL E.S.E. Demandado: MIRTHA MARIA DUARTE MARTINEZ.

respecto de la cual se ha sostenido que comporta el retiro de un acto “legalmente válido por la propia administración que lo había expedido, en razón de la inoportunidad o inconveniencia de aquél”<sup>10</sup>.

- Que a través del acto correspondiente se cause un agravio injustificado a una persona.

Es por ello que en desarrollo del principio de inmutabilidad de los actos administrativos que conlleva la seguridad jurídica, la confianza legítima y la protección de los derechos adquiridos, cuando se está en presencia de un acto particular, el inciso 1º del artículo 73 del C.C.A. ha previsto que por regla general, y salvo las excepciones que la misma ley contempla “no podrá ser revocado sin el consentimiento expreso y escrito del respectivo titular”.

Cuando la administración está impedida para demandar (sic) el acto expedido por ella misma bien porque el particular no dio su consentimiento, bien por no mediar alguno de los eventos a que hace mención el inciso segundo del precitado artículo 73, debe entonces acudir ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo para demandar su acto a través de la acción de lesividad.

Dentro de las principales características de la acción de lesividad o también denominada como acción de nulidad y restablecimiento del derecho contra acto administrativo propio, esta Corporación ha señalado las siguientes:<sup>11</sup>

**- Es una acción contencioso administrativa, principal, temporal, subjetiva, que no requiere de previo agotamiento de la vía gubernativa.**

- En su trámite procede la medida cautelar de suspensión provisional de los actos impugnados, contemplada en el artículo 238 de la Constitución Política, la cual deberá solicitarse y sustentarse expresamente en la demanda o en escrito separado presentado antes de su admisión (C.C.A. art. 152), demostrando aún en forma sumaria, además de la manifiesta infracción de las disposiciones invocadas, el perjuicio que la ejecución del acto demandado causa o podría causar a la entidad demandante.

- Obra como demandante, mediante apoderado, la misma persona o entidad que en ejercicio de sus funciones administrativas expidió el acto impugnado y, como demandado el destinatario del mismo.

- El demandante ha de indicar las normas que considera violadas y expresar el concepto de la violación (C.C.A. art. 137-4), pues a él corresponde la carga de desvirtuar la presunción de legalidad, de la que, en todo caso, goza el acto impugnado.

- El demandante ha de individualizar los actos impugnados con toda precisión (C.C.A. art. 138 inc. 1), acompañando con la demanda copia auténtica de los mismos, junto con la respectiva constancia de publicación, notificación o ejecución, según el caso.

- Si el acto fue recurrido en vía gubernativa, “también deberán demandarse las decisiones que lo modifiquen o confirmen; pero si fue revocado, sólo procede demandar la última decisión”<sup>12</sup>.

<sup>10</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala Constitucional, Sentencia de mayo 5 de 1.981.

<sup>11</sup> Consejo de Estado. Sección Tercera. M.P. Dr. Mauricio Fajardo Gómez. Sentencia de 4 de diciembre de 2006, Radicación 11001-03-26-000-1994-10227-01(10227).

Se trata entonces de una acción ordinaria que exige un titular singularizado, “**la entidad pública**”, cuando quiera que ésta advierte una causal de nulidad en su propio acto de contenido particular, el cual no ha podido revocar directamente, por la ausencia del consentimiento expreso y escrito del respectivo titular.

Al promover la acción de lesividad, la entidad pública persigue no sólo el interés general de protección del ordenamiento jurídico sino también, la protección del erario público, el cual pudo haberse afectado con su decisión ilegal; por ende, dicha acción, al igual que la de nulidad y restablecimiento del derecho, tiene una doble finalidad, de una parte, la declaratoria de nulidad del acto, y de la otra, el restablecimiento del derecho, representado en la cesación de los efectos patrimoniales que el acto conlleva para la entidad, y que desde luego envuelve un interés jurídico particular de la administración.

Ese interés particular de la administración se traduce en una legitimación en la causa<sup>13</sup> para promover la acción de lesividad, la cual sólo puede ser ejercida por la entidad pública contra su propio acto, circunstancia por la cual puede afirmarse que la acción de lesividad no es una acción pública en tanto exige un titular singularizado y persigue, no sólo el interés general de la legalidad en abstracto, sino el interés particular del restablecimiento del derecho para la entidad pública.

Así las cosas, es claro para la Sala que dentro del presente proceso, se cumple el primer presupuesto para la procedencia de la condena en costas, toda vez que la acción ejercida no es una acción pública.

#### **(ii) La conducta asumida por la parte vencida.**

La jurisprudencia de esta Corporación<sup>14</sup> ha sostenido que sólo cuando el Juez, al valorar la conducta de las partes comprueba que hubo uso abusivo de los medios procesales, se encuentra facultado para proceder a condenar en costas.

También ha dicho<sup>15</sup> que “no es la ausencia de razón en la pretensión u oposición lo que hace sujeto de la sanción a la parte sino su conducta abusiva que implique un desgaste innecesario para la administración y para la parte vencedora”; de esta manera, se ha abstenido de condenar en costas cuando no encuentra probado que la conducta asumida por la parte vencida denota temeridad, abuso del derecho o mala fe.<sup>16</sup>

Previamente, cabe advertir que la entidad demandante, en este caso, la Universidad del Atlántico, fue vencida, tanto en el proceso, como en el trámite del recurso de apelación, toda vez que no salieron avantes sus pretensiones incoadas por encontrarse demostrada la excepción de cosa juzgada respecto de

---

<sup>12</sup> Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección “B”. Consejero Ponente: GERARDO ARENAS MONSALVE. Bogotá, D.C., sentencia de 12 de agosto de 2010. Radicación número: 25000-23-25-000-2004-01080-01(0423-09). Actor: HOSPITAL LA VICTORIA III NIVEL E.S.E. Demandado: MIRTHA MARIA DUARTE MARTINEZ.

<sup>13</sup> Están legitimadas en la causa las personas que jurídica y directamente van a ser afectadas en sus derechos por la sentencia.

<sup>14</sup> Sentencia de 18 de febrero de 1999, Sección Tercera, Expediente No. 10.775, Consejero Ponente Dr. Ricardo Hoyos Duque.

<sup>15</sup> Sentencia de 29 de abril de 1999. Radicación 14855. C.P: Dr. Daniel Suárez Hernández. Actor Sociedad Constructora A y C S.A. Demandado: IDU.

<sup>16</sup> En este sentido se pronunció la Sección Cuarta, C.P. ( E) Marta Teresa Briceño de Valencia, sentencia de 12 de febrero de 2010, radicación 25000-23-27-000-2006-00151-01 (16696). Actor: EQUANT COLOMBIA S.A.. Demandado: DIAN.

la misma causa petendi incoada en el proceso 08001-23-31-000-03718-03, que culminó con sentencia de 25 de octubre de 2012, proferida en segunda instancia por esta Sala.

Ahora bien, en punto a la valoración de la conducta asumida por la entidad pública demandante, quien fue vencida en el trámite de la apelación, la Sala advierte que la misma incurrió en una conducta abusiva, consistente en promover dos veces la misma acción de lesividad contra la Resolución No. 000112 de 14 de febrero de 1997, mediante la cual se reconoció la pensión de jubilación a la señora Antonia Henríquez Fontalvo, acciones que guardan identidad de objeto, partes y causa petendi como se expuso en acápites anteriores.

En criterio de la Sala, el ejercicio abusivo del derecho de acción por parte de la entidad pública demandante es manifiesto, palmario, evidente, dado que no existe justificación alguna para que la entidad de derecho público, haya promovido dos veces la misma acción de lesividad, generando un desgaste innecesario en el servicio de administración de justicia.

Es claro que por tratarse de una entidad de derecho público, la Universidad del Atlántico estaba llamada a observar un estricto control y cuidado al ejercer su actividad de defensa judicial, por lo que le bastaba consultar su archivo y/o base de datos para constatar la existencia de la acción promovida con el radicado 08001-23-31-000-2005-03718-03, la cual se encontraba en curso cuando se interpuso la presente acción radicada bajo el número 08001-23-31-002-2007-01000-00.

De suerte que el actuar de la entidad pública, al promover, por segunda vez, la misma acción de lesividad con idéntica causa petendi, denota un acto procesal reprochable, el ejercicio abusivo del derecho de acción, con la finalidad de obtener dos pronunciamientos de la jurisdicción sobre un mismo objeto, conducta que sin lugar a dudas, desatiende el deber de obrar con lealtad y buena fe<sup>17</sup> ante la administración de justicia, poniendo en evidencia el obrar ilegítimo de la parte vencida.

Al respecto, el numeral 1 del artículo 74 del C. de P.C. señala que hay temeridad o mala fe cuando es manifiesta la carencia de fundamento legal de la demanda.

En este orden de ideas, teniendo en cuenta que el actuar de la entidad no se acomoda a un adecuado ejercicio de su derecho a acceder a la administración de justicia sino que implica un abuso del mismo, la Sala encuentra procedente la condena en costas a cargo de la Universidad del Atlántico.

Para tal efecto, cabe precisar, que las costas procesales, incluye las expensas y las agencias en derecho. Las expensas son las erogaciones distintas al pago de los honorarios del abogado, tales como el valor de las notificaciones, los honorarios de los peritos, los impuestos de timbre, copias, registros, pólizas, etc. Las agencias en derecho corresponden a los gastos por concepto de apoderamiento dentro del proceso, que el juez reconoce discrecionalmente a favor de la parte vencedora atendiendo a los criterios sentados en el numeral 3° del artículo 393 del C.P.C.

En el caso concreto, no resulta procedente, por sustracción de materia, la fijación de agencias en derecho, toda vez que no se advierte gasto por concepto de

---

<sup>17</sup> Artículo 71 del Código de Procedimiento Civil.

apoderamiento de la parte vencedora ya que la señora Antonia Henríquez Fontalvo, a pesar de haberse notificado personalmente el 31 de marzo de 2009 (fl.122), no compareció al proceso a contestar la demanda, motivo por el cual la condena en costas se concretará al pago de las expensas que resulten acreditadas. Por Secretaría, se procederá a la liquidación de las mismas, de conformidad con lo ordenado por el artículo 393 del C.P.C.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "B", administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

#### **FALLA**

**PRIMERO: REVOCASE** la sentencia de 31 de enero de 2012 proferida por el Tribunal Administrativo del Atlántico que negó las pretensiones de la demanda presentada por la Universidad del Atlántico contra la Resolución No. 000112 de 14 de febrero de 1997, mediante la cual se reconoce una pensión de jubilación a la señora Antonia Henríquez Fontalvo.

**SEGUNDO: DECLARASE DE OFICIO** la excepción de **COSA JUZGADA** en relación con las pretensiones de la demanda presentada por la Universidad del Atlántico contra la Resolución No. 000112 de 14 de febrero de 1997, mediante la cual se reconoce una pensión de jubilación a la señora Antonia Henríquez Fontalvo, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia. En consecuencia, declárase inhibida para fallar.

**TERCERO: CONDENASE** en costas a la entidad pública demandante. Por secretaría procédase a su liquidación de conformidad con lo previsto en el artículo 393 del C.P.C.

Cópiese, notifíquese y ejecutoriada esta providencia devuélvase el expediente al Tribunal de origen. Cúmplase.

Discutida y aprobada en sesión de la fecha.

**GERARDO ARENAS MONSALVE**

**BERTHA LUCÍA RAMÍREZ DE PÁEZ**