

RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN / NULIDAD INSANEABLE DE LA SENTENCIA QUE PONE FIN AL PROCESO / RESOLUCIÓN DE LA SUSPENSIÓN POR PREJUDICIALIDAD EN ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA

Para que se resolviera la petición de prejudicialidad del proceso en los términos del artículo 170 y 171 del CPC, tenía que haberse invocado esta figura en el curso de la primera instancia del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, para darle así plena aplicabilidad a lo dispuesto en los artículos citados; normatividad vigente para la época de los hechos de la demanda. Sin embargo, al presentar la solicitud en los alegatos de conclusión de la segunda instancia, es decir, *ad portas* de finiquitarse el trámite con la decisión del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, resulta impropio dar curso a un procedimiento que por la naturaleza y condición del fallador, no tiene la posibilidad de ser revisado por un superior funcional al ser este el órgano de cierre definitivo.

FUENTE FORMAL: CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL – ARTICULO 170 / CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL – ARTICULO 171 / LEY 1437 DE 2011 – ARTICULO 250 NUMERAL 5

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN SEGUNDA

SUBSECCIÓN “B”

Consejera ponente: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ

Bogotá D. C., veintiocho (28) de septiembre de dos mil dieciséis (2016).

Radicación número: 11001-03-25-000-2014-00271-00(0818-14)

Actor: JAIME AHUMADA BARBOSA

Demandado: CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE LA POLICIA NACIONAL

Medio de Control:	RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN.
Trámite:	LEY 1437 DE 2011
Asunto:	NUMERAL. 5º ART. 250 DEL C.P.A.C.A. POR NO HABERSE RESUELTO LA SOLICITUD DE PREJUDICIALIDAD REALIZADA EN LOS ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA

La Sala decide el Recurso Extraordinario de Revisión interpuesto por el señor Jaime Ahumada Barbosa contra la sentencia del 12 de septiembre de 2013, proferida por la Sección Segunda, Subsección A del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, providencia que cobró ejecutoria el 23 de septiembre de 2013¹.

I. ANTECEDENTES

1.1. Sentencia objeto de revisión

El fallo referenciado resolvió, lo siguiente:

PRIMERO. CONFÍRMASE parcialmente la sentencia de 30 de abril de 2013, proferida por el Juzgado Treinta Administrativo de Oralidad del Circuito de Bogotá D.C., de conformidad con las razones expuestas en este proveído.

La Sala de Decisión planteó como problema jurídico establecer si las normas que el demandante estimó como vulneradas permitían el reconocimiento pretendido sobre la prima de actividad.

Indicó luego de analizar las regulaciones sobre la prima de actividad, que el aumento de ese factor en un 50% fue establecido a partir del 1º de julio de 2007 solamente para oficiales y suboficiales, pero no para los agentes, por tanto consideró, que no era viable para el Tribunal otorgar un derecho prestacional que no está consagrado en la ley toda vez que es un tema eminentemente reglado.

Resaltó que debe tenerse en cuenta el artículo 334 de la Constitución Política, para no comprometer de manera arbitraria las finanzas públicas, con un derecho que la ley no ha previsto para los agentes de policía.

1.2. Fundamento del recurso de revisión

El señor Jaime Ahumada Barbosa a través de apoderado judicial², solicitó la nulidad del fallo dictado el 12 de septiembre de 2013 por la Sección Segunda –

¹ Folio 169 del proceso con radicación No. 110011333503020120001801. La secretaría lo remitió para fallo a este despacho el 26 de agosto de 2016.

² Fls. 1-10 del cuaderno del recurso extraordinario de revisión, presentado el 15 de octubre de 2013.

Subsección A del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, y en consecuencia, se declare la suspensión del proceso por prejudicialidad hasta que esta Corporación se pronuncie sobre la nulidad del artículo 2º del Decreto 2863 de 2007, dentro del radicado No. 11001032500020100013600 promovido por Christian Fernando Joaqui Tapia, contra el artículo 2º del Decreto 2863 de 2007, medida que fue peticionada en los alegatos conclusión de la segunda instancia de conformidad con lo dispuesto en el numeral 2º del artículo 170 del CPC, y sobre lo que el *ad quem* no se pronunció, generando una nulidad insaneable conforme al numeral 5º del artículo 140 del C.P.C.

La causal invocada es el numeral 5º del artículo 250 del CPACA, por error de derecho en su modalidad de violación directa de la Constitución y la ley, pues señaló que el fallo del Colegiado vulneró los artículos 29, 228 y 230 de la Constitución, las Leyes 4 de 1992 y 923 de 2004, y los artículos 170 y 171 del C.P.C., pues pese a estar probados los elementos para declarar la suspensión prejudicial del proceso, decidió continuar con el trámite guardando silencio sobre la petición de la prejudicialidad afectando el debido proceso y el derecho de defensa.

1.3 Contestación del recurso extraordinario

La Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional³ a través de apoderado, se opuso a las pretensiones del recurso al considerar que el demandante adquirió el derecho a la asignación de retiro desde el 30 de octubre de 1995, en vigencia del Decreto 1213 de 1990, con un monto del 74% del sueldo básico, con las partidas computables pertinentes para el grado, incluido el 20% de la prima de actividad, al prestar sus servicios por 21 años y 21 días. Además, que el Decreto 2863 de 2007 excluye de manera taxativa a los agentes del reajuste de la prima de actividad y por ello no es posible extender el beneficio.

Propuso como excepción de fondo, la inexistencia del derecho.

Sobre la prejudicialidad adujo que no era procedente porque el accionante tenía conocimiento de la actuación de simple nulidad antes de iniciar el proceso de

³ Fls. 49-54 del cuaderno del recurso, presentado el 21 de abril de 2016.

nulidad y restablecimiento, y como no le fue favorable, acudió a esa figura sin importar el desgaste de la administración judicial.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

2.1. Competencia

El Recurso Extraordinario de Revisión fue introducido en nuestro ordenamiento Contencioso Administrativo, en los términos conocidos por el Decreto No. 01 de 1984, modificado por la Ley 446 de 1998 y actualmente por la Ley 1437 de 2011.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 249 del CPACA., la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo es la competente para conocer de los recursos extraordinarios de revisión.

En tratándose de los recursos de revisión contra las sentencias ejecutoriadas proferidas por los Tribunales Administrativos, señaló el inciso segundo del artículo 249 del C.P.A.C.A. que la competencia está asignada a las secciones y subsecciones del Consejo de Estado según la materia.

En este caso atendiendo el criterio de especialización laboral, se le atribuye la competencia a la Sección Segunda del Consejo de Estado y a la Subsección que le corresponda de acuerdo al reparto, en virtud de lo dispuesto en el numeral 2° del artículo 13 del Acuerdo 58 de 1999, modificado por el artículo 1° del Acuerdo N° 55 de 2003.

El recurso se analizará bajo los presupuestos del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, toda vez que se interpuso en vigencia del mismo.

2.2. Problema jurídico

En el presente asunto, la Sala debe determinar si en la sentencia proferida el 12 de septiembre de 2013 por la Sección Segunda, Subsección A del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, se configura la causal de revisión prevista en el numeral 5° del artículo 250 del CPACA, es decir, si la providencia que puso fin a la controversia, presenta una nulidad insaneable al no haber resuelto la petición de

suspensión prejudicial propuesta por la parte demandante en los alegatos de conclusión, conforme a lo previsto en el numeral 5º del artículo 140 del Código de Procedimiento Civil.

2.3. Resolución del caso concreto

La causal 5ª del artículo 250 del C.P.A.C.A. dispone: “existir nulidad originada en la sentencia que puso fin al proceso y contra la que no procede recurso de apelación”.

Esta causal exige para su prosperidad revisar dos presupuestos. El primero de carácter objetivo, al verificar que contra el fallo objeto de recurso de revisión no procede el de alzada, y el segundo de carácter subjetivo, en el sentido de establecer que la nulidad invocada tuvo origen en la sentencia que finalizó el litigio.

En el caso concreto, el fallo de 12 de septiembre de 2013 proferido por la Sección Segunda, Subsección A del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, resolvió el recurso de apelación interpuesto contra la decisión del Juzgado Treinta Administrativo de Oralidad del Circuito de Bogotá D.C., lo que indica sin mayor análisis, que el Colegiado conoció en segunda instancia bajo los parámetros normativos de la Ley 1437 de 2011, de manera que contra él no procede juicio ordinario posterior, por lo que la condición objetiva se encuentra satisfecha.

Por su parte, la condición subjetiva, esto es que la nulidad se origine en la sentencia, exige que la anomalía se configure en el instante procesal en que se profiere el fallo por desconocimiento grave de alguna ritualidad sustantiva propia de la actuación que implica el quebrantamiento de la cosa juzgada y por tanto, ha de observarse la configuración de hechos específicos y puntuales que ubiquen con total claridad el vicio.

En el asunto que se analiza y como se expuso en el problema jurídico, el demandante concretó la nulidad en el hecho que el *ad quem* no resolvió la solicitud de prejudicialidad en la sentencia, generando una nulidad insaneable del proceso a partir de ese fallo de conformidad con el artículo 5º del artículo 140 del C.P.C., pero principalmente, por violación al derecho de defensa y debido proceso.

De la solicitud de prejudicialidad

Para definir la procedencia del presupuesto subjetivo dentro del marco propuesto, es necesario recordar que dentro de las causales previstas en el artículo 140 del C.P.C⁴, se encuentra el numeral 5º que se tipifica al haberse dictado decisión de fondo encontrándose suspendido o interrumpido el proceso, que es la invocada por el actor, cuyo contenido tiene sindéresis, pues no puede forzarse la terminación de un trámite cuya continuidad depende de lo que se decida en otro.

En concordancia con la norma anterior, el artículo 170 del C.P.C. relaciona las fuentes para la suspensión del proceso. En su numeral 2º define la prejudicialidad, así: (...) 2. *Cuando la sentencia que deba dictarse en un proceso, dependa de lo que deba decidirse en otro proceso civil que verse sobre cuestión que no sea procedente resolver en el primero, o de un acto administrativo de alcance particular cuya nulidad esté pendiente del resultado de un proceso contencioso administrativo, salvo lo dispuesto en los Códigos Civil y de Comercio y en cualquiera otra ley.*

⁴ “Las nulidades procesales no pueden confundirse con las que se originan en la sentencia, pues mientras las primeras se estructuran cuando quiera que se dan los motivos consagrados taxativamente en el artículo 140 del Código de Procedimiento Civil, partiendo del contenido de la misma disposición, las segundas deben interpretarse restrictivamente con unos determinados supuestos fácticos que esta Corporación ha precisado y que conducen a determinar que la nulidad originada en la sentencia puede ocurrir:

- a) cuando el Juez provee sobre asuntos respecto de los cuales carece de jurisdicción o competencia;
- b) cuando, sin ninguna actuación, se dicta nuevo fallo en proceso que terminó normalmente por sentencia en firme;
- c) cuando sin más actuación, se dicta sentencia después de ejecutoriado el auto por el cual se aceptó el desistimiento, aprobó la transacción, o, declaró la perención del proceso, pues ello equivale a revivir un proceso legalmente concluido;
- d) cuando se dicta sentencia como única actuación, sin el trámite previo correspondiente, toda vez que ello implica la pretermisión íntegra de la instancia;
- e) cuando el demandado es condenado por cantidad superior, o por objeto distinto del pretendido en la demanda, o por causa diferente de la invocada en ésta,
- f) cuando se condena a quien no ha sido parte en el proceso, porque con ello también se pretermite íntegramente la instancia;
- g) cuando, sin más actuación, se profiere sentencia después de ocurrida cualquiera de las causas legales de interrupción o de suspensión o, en éstos casos, antes de la oportunidad debida. Así lo señaló la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia de 25 de noviembre de 2008, radicado No. 110010315000200300135-01, Recurso Extraordinario Especial de Revisión de Pérdida de Investidura Consejera Ponente Bertha Lucia Ramírez de Páez.

Complementando la anterior disposición, el artículo 171 *ídem*, relativo al trámite, decreto, efectos y recurso contra la suspensión del proceso, prevé que una vez adoptada la decisión por el juez, el auto que la resuelva es susceptible del recurso de apelación en el efecto suspensivo cuando se acceda, y en el devolutivo cuando se niegue, es decir, que aunque la petición debe ser resuelta “en estado de dictar sentencia”, ello no significa que deba hacerse en la misma decisión, sino en un acto previo que garantice el derecho de defensa de la contraparte mediante la presentación del respectivo recurso⁵.

Para la Sala ese análisis es viable siempre y cuando ese procedimiento se adelante en sede de primera instancia, lo que resulta lógico teniendo en cuenta que debe agotarse el recurso judicial contra la providencia que decide la suspensión del proceso ante el superior del juez natural, en caso contrario, de radicarse la petición de prejudicialidad cuando el proceso se encuentra en la segunda instancia, la decisión que adopte el fallador no será susceptible de ser atacada, primero, porque no tiene superior funcional que la conozca, y segundo, porque acorde con la normativa procedimental contenciosa, dichos autos no son objeto de recurso.

Sobre el particular, la Corporación en su Sección Segunda mediante providencia del 20 de octubre de 2014, expediente 2011-00562, con ponencia del Consejero Alfonso Vargas Rincón dentro del proceso promovido por Jorge Enrique Ruíz Valbuena contra la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional, en un caso de similar circunstancia, precisó que:

“El problema jurídico gira en torno a establecer si procede el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra el auto de 9 de agosto de 2013 expedido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante el cual se negó la suspensión del proceso por prejudicialidad.

Previo a resolver es necesario aclarar que el presente asunto se tramitó en primera instancia ante el Juzgado Trece Administrativo de Bogotá y encontrándose en el Tribunal Administrativo de Cundinamarca para proferir fallo de segunda instancia, el actor solicitó la suspensión del proceso por prejudicialidad, la cual fue negada mediante auto de 9 de agosto de 2013, como ya se indicó en los antecedentes.

⁵ Así lo señaló esta Subsección en sentencia del 28 de octubre de 2010, expediente 2004-00658-01, Consejera Ponente Bertha Lucia Ramírez de Páez.

Para efectos de decidir, se tiene lo siguiente:

El artículo 181 del C.C.A. en relación con el recurso de apelación, dispone:

“Son apelables las sentencias de primera instancia de los tribunales de los jueces y los siguientes autos proferidos en la misma instancia por dichos organismos, en pleno o en una de sus secciones o subsecciones, según el caso; o por los jueces administrativos

(...)

De lo anterior se infiere que en el presente asunto el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante resulta improcedente, pues se dirige contra el auto de 9 de agosto de 2013 proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en segunda instancia.

Es cierto que los artículos 170 y 171 del Código de Procedimiento Civil (aplicables por remisión del artículo 267 del C.C.A.), establecen la procedencia del recurso de apelación contra el auto que niega la suspensión del proceso por prejudicialidad, no obstante, ha de tenerse en consideración la instancia en la que se profiere, pues no puede generarse una tercera instancia. (...)

Atemperando lo anterior a las directrices procesales vigentes en materia contencioso administrativa, ha de verificarse de acuerdo a lo previsto en el artículo 243 del C.P.A.C.A., cuáles son los autos apelables, para complementar la tesis expuesta en el párrafo anterior.

El artículo 243 señala: “Son apelables las sentencias de primera instancia de los Tribunales y de los Jueces. También serán apelables los siguientes autos proferidos en la misma instancia por los jueces administrativos:

1. El que rechace la demanda.
2. El que decrete una medida cautelar y el que resuelva los incidentes de responsabilidad y desacato en ese mismo trámite.
3. El que ponga fin al proceso.
4. El que apruebe conciliaciones extrajudiciales o judiciales, recurso que solo podrá ser interpuesto por el Ministerio Público.
5. El que resuelva la liquidación de la condena o de los perjuicios.
6. El que decreta las nulidades procesales.

7. El que niega la intervención de terceros.
8. El que prescinda de la audiencia de pruebas.
9. El que deniegue el decreto o práctica de alguna prueba pedida oportunamente.

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. (Nota: El texto subrayado fue declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-329 de 2015.)

El recurso de apelación se concederá en el efecto suspensivo, salvo en los casos a que se refieren los numerales 2, 6, 7 y 9 de este artículo, que se concederán en el efecto devolutivo.

Parágrafo. La apelación solo procederá de conformidad con las normas del presente Código, incluso en aquellos trámites e incidentes que se rijan por el procedimiento civil". (Subraya fuera de texto original)

Del artículo transcrito se deduce que sólo será objeto de análisis por parte del juez de segunda instancia en sede de apelación, aquellos asuntos que versen de forma estricta sobre alguna de las causales indicadas, las que como expresa el parágrafo único de la misma obra tienen la condición de ser taxativas, es decir, que priman sobre cualquier otra disposición, como el procedimiento civil, pese a la remisión que para los aspectos no regulados consagra el artículo 306 del C.P.A.C.A.

Por tanto, al estar expresamente señalado en el artículo 243 *ídem* los autos susceptibles de ser apelados, que como se dijo no son objeto de interpretaciones o analogías de cara a otros procedimientos vigentes en el ordenamiento legal, considera la Sala que la supuesta violación del derecho al debido proceso y de defensa alegada por el recurrente al no haberse resuelto la suspensión prejudicial del proceso, no configura un yerro que invalide el fallo y mucho menos que contenga nulidad insaneable, pues como se afirmó, en tratándose de asuntos resueltos en la segunda instancia, los recursos contra las decisiones no operan de la misma forma como si estuviera el trámite en la primera etapa del litigio.

En consecuencia, para que se resolviera la petición de prejudicialidad del proceso en los términos del artículo 170 y 171 del CPC, tenía que haberse invocado esta figura en el curso de la primera instancia del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, para darle así plena aplicabilidad a lo dispuesto en

los artículos citados; normatividad vigente para la época de los hechos de la demanda⁶.

Sin embargo, al presentar la solicitud en los alegatos de conclusión de la segunda instancia, es decir, *ad portas* de finiquitarse el trámite con la decisión del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, resulta impropio dar curso a un procedimiento que por la naturaleza y condición del fallador, no tiene la posibilidad de ser revisado por un superior funcional al ser este el órgano de cierre definitivo.

En conclusión, para la Sala no se configuró en la sentencia de 12 de septiembre de 2013 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, la causal de revisión indicada, puesto que el actor no logró demostrar la violación de ningún procedimiento que implique declarar la invalidez de la providencia, que solo se concreta cuando se continua el proceso a pesar de encontrarse suspendido. En este caso nunca se suspendió el trámite no solo porque no se solicitó en la instancia adecuada, sino porque la sola prueba sumaria de la existencia de otro proceso del cual se considera hay dependencia en su decisión, no es suficiente, sino que requiere del juez una valoración que decida que hay una directa y necesaria incidencia sobre el sentido del fallo que debe proferir en segunda o única instancia.

En suma a lo anterior, echa de menos la Sala ante la omisión que ahora arguye el demandante, el uso del derecho que le concede el artículo 311 del CPC, es decir, de la solicitud de adición de la sentencia para requerir ese complemento si en efecto consideraba que era un punto sobre el cual debía pronunciarse obligatoriamente el juez, sin embargo, no lo hizo y si lo utilizó como argumento de este recurso.

Por otra parte, la Sala debe resaltar que la medida de prejudicialidad o suspensión tampoco tendría eficacia y utilidad en este momento como lo requiere el recurrente, habida cuenta que la Sección Segunda del Consejo de Estado en sentencia del 27 de marzo de 2014, expediente 2009-00029-00, Consejero Ponente, Gerardo Arenas Monsalve, dentro de la acción promovida por Carlos

⁶ La demanda se interpuso el 23 de enero de 2013. El recurso de apelación el 4 de octubre de 2013. De acuerdo al auto de Sala Plena del Consejo de Estado, radicado No. 49299 de 2 de junio de 2014, M.P. Enrique Gil Botero, el Código General del Proceso, empezó a regir para la jurisdicción contenciosa el 1º de enero de 2014.

Arturo Arzuaga Guerrero, negó la nulidad propuesta contra el artículo 2° del Decreto 2863 de 2007, de la siguiente manera:

SEGUNDO.- SE NIEGA la solicitud de nulidad contra el artículo 2 del Decreto 2863 de 2007 proferido por el Presidente de la República, los Ministerios de Hacienda y Crédito Público, de Defensa Nacional y el Departamento Administrativo de la Función Pública.

Consideró la Corporación para fundamentar la decisión que la infracción del artículo 216 constitucional no era válida, lo siguiente:

“...en el presente caso no se está frente a sujetos que se encuentren en las mismas condiciones y que desempeñen las mismas funciones, supuestos necesarios para que se predique la violación del derecho a la igualdad. (...) Insiste la Sala que el Gobierno Nacional al incrementar la prima de actividad debe seguir el mandato constitucional por el cual se señala que al mismo trabajo corresponde el mismo salario; e igualmente debe sujetarse a la racionalización y disponibilidad de los recursos públicos, y la naturaleza de los cargos y las funciones, como lo señala la Ley 4 de 1992”.

En ese orden de ideas, los argumentos del recurrente tienden a reabrir un debate sobre un asunto que ya hizo tránsito a cosa juzgada, en consecuencia, se declarará infundado el recurso extraordinario especial de revisión propuesto por el señor Jaime Ahumada Barbosa contra la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Judicial –CASUR-.

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. DECLÁRASE infundado el recurso extraordinario de revisión interpuesto por el señor Jaime Ahumada Barbosa contra el fallo de 12 de septiembre de 2013, proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca,

Sección Segunda, Subsección A, que confirmó la decisión del Juzgado Treinta Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Bogotá que negó las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO. DEVUÉLVASE el expediente al del Juzgado Treinta Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Bogotá.

Cópiese, notifíquese y una vez ejecutoriada esta providencia.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en la presente sesión.

SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ
Consejera Ponente

CESAR PALOMINO CORTÉS

CARMELO PERDOMO CUÉTER