**RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISION - Causal 5. Nulidad originada en la sentencia / NULIDAD ORIGINADA EN LA SENTENCIA - Presupuestos objetivos y subjetivos / SOLICITUD DE PREJUDICIALIDAD - Se debe formular antes de la etapa de alegatos de conclusión / CAUSAL QUINTA DE REVISION - No se configura**

Esta causal de revisión exige que concurran dos presupuestos: uno de carácter objetivo y otro subjetivo. El primero de ellos, consiste en que contra la decisión objeto del recurso extraordinario no proceda el recurso de apelación, y el segundo, en que la causal de nulidad se haya originado en la sentencia. observa la Sala que en el presente asunto se solicitó la suspensión del proceso en los alegatos de conclusión de la segunda instancia, y en esa medida no era posible que la decisión que se tomara pudiera ser controvertida por el superior funcional, al ser la instancia definitiva del proceso. Bajo ese contexto, la Subsección considera que la supuesta violación del derecho al debido proceso y de defensa alegada por el recurrente por no haberse resuelto la solicitud de prejudicialidad del proceso antes de proferirse la sentencia de segunda instancia, no constituye un error que invalide el fallo de 4 de abril de 2014, por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección C, toda vez que no se demostró el desconocimiento de las ritualidades propias del proceso que implique la anulación de la mencionada decisión que, en todo caso, se presenta cuando se da trámite al proceso pese a estar suspendido, lo cual, se repite, no sucedió. No se configura la causal de revisión del ordinal 5.º del artículo 250 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en la medida que el Tribunal Administrativo de Cundinamarca al no resolver la solicitud de suspensión del proceso por prejudicialidad antes de emitir el fallo de segunda instancia, toda vez que se pronunció sobre dicha solicitud dentro del mismo, no genera una nulidad insaneable.

**FUENTE FORMAL:** CODIGO GENERAL DEL PROCESO **-** ARTICULO 161 / LEY 1437 DE 2011 - ARTICULO 250

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCION SEGUNDA**

**SUBSECCION "A"**

**Consejero ponente: WILLIAM HERNANDEZ GOMEZ**

Bogotá, D.C., doce (12) de abril de dos mil dieciocho (2018).

**Radicación número: 11001-03-25-000-2014-00766-00(2408-14)**

**Actor: BENJAMIN DE JESUS CARDENAS ROSAS**

**Demandado: CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE LA POLICIA NACIONAL**

**Referencia: LEY 1437 DE 2011- RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN**

La Subsección A de la Sección Segunda del Consejo de Estado, decide el recurso extraordinario de revisión interpuesto contra la sentencia de 4 de abril del 2014, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección C, dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por el señor Benjamín de Jesús Cárdenas Rosas contra la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional.

## ANTECEDENTES

El señor Benjamín de Jesús Cárdenas Rosas, por intermedio de apoderado y en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho consagrado en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, solicitó declarar:

i). La excepción de inconstitucionalidad por «omisión legislativa y reglamentaria» de los artículos 2 y 4 del Decreto 2863 de 2007, por no incluir al personal de agentes de la Policía Nacional.

ii). La nulidad del Oficio n.º 2392 de 16 de julio de 2012, proferido por el Director General de la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional mediante el cual denegó el reajuste en la asignación de retiro.

A título de restablecimiento del derecho solicitó, se ordene a la entidad demandada reliquidar la asignación de retiro, con la inclusión del 45% sobre la prima de actividad, en los términos del artículo 30 del Decreto 1213 de 1990 y los artículos 2 y 4 del Decreto 2863 de 2007.

Como sustento fáctico de sus pretensiones, afirmó:

1.- A través de la Resolución n.º 3825 de 13 de octubre de 1995, la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional le reconoció asignación de retiro en el grado de agente con el 70% del salario de actividad y demás partidas computables, a partir del 17 de septiembre de 1995.

2.- Indicó que durante la prestación del servicio, devengó como prima de actividad el 50% de la asignación básica. Sin embargo, la entidad al liquidarle la asignación de retiro, únicamente se la reconoció en un 20% de su asignación básica, lo cual, a su juicio desconoce el Decreto 2863 de 2007 que la determina en un 45% de lo que devengaba un uniformado activo en su mismo grado.

3.- Solicitó a la entidad demandada la reliquidación de su asignación de retiro con la inclusión de la prima de actividad en los términos del Decreto 2863 de 2007, petición que fue denegada a través de los actos administrativos demandados.

## SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA[1]

El Juzgado Veintiocho Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Bogotá, por medio de la sentencia proferida el 10 de octubre de 2013, negó las pretensiones de la demanda por las siguientes razones:

Indicó que la excepción de inconstitucionalidad y la omisión legislativa son distintas, pues con la primera se busca la inaplicación de una norma en un caso particular, cuya consecuencia es el resarcimiento del derecho conculcado, y con la segunda, lo pretendido es la nulidad de un acto de contenido general sin que ello conlleve a un restablecimiento automático de derechos.

Señaló que el Juez de primera instancia únicamente tiene competencia para revisar por vía de excepción de inconstitucionalidad si efectivamente los artículos 2 y 4 del Decreto 2863 de 2007 son contrarios a la constitución política. Respecto de la omisión legislativa, esta debe ser estudiada a través de la acción pública de inconstitucionalidad o en ejercicio del medio de control de nulidad por inconstitucionalidad ante la Corte Constitucional o el Consejo de Estado, respectivamente.

En ese orden de ideas, indicó que si el presente asunto se tramitara bajo la excepción de inconstitucionalidad, ello no generaría un restablecimiento del

[1] Folios 79 a 88 del expediente del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho.

derecho a favor del personal de agentes, lo que haría imposible otorgarles el beneficio contemplado en las normas acusadas, por lo cual la misma resulta improcedente.

Concluyó que las disposiciones acusadas no contemplan de ninguna manera el incremento de la prima de actividad en un 50% para el personal de agentes, razón por lo cual, no se puede otorgar un derecho prestacional que no está reconocido en la ley.

## SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA[2]

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección C a través de la sentencia de 4º de abril de 2014, confirmó la decisión de primera instancia, con base en los siguientes argumentos.

Señaló que el demandante en los alegatos de conclusión solicitó la suspensión del proceso por prejudicialidad, hasta tanto se resuelva en el Consejo de Estado la demanda de simple nulidad bajo el radicado 11001-03-25-000-2010-00136-00.

Al respecto, indicó que el actor debió haber radicado dicha solicitud con el escrito de la demanda, y no esperar a esta instancia judicial para formular nuevas peticiones, pues en virtud del principio de congruencia, el fallo que profirió el *a-quo* debe limitarse a lo expuesto en el libelo petitorio y a su vez, el recurso de apelación debe fundamentarse en la inconformidad originada en dicha providencia.

Agregó que el Consejo de Estado[3] sobre el asunto afirmó: « la suspensión del proceso por prejudicialidad está prevista para los casos en los cuales la sentencia que deba dictarse en un proceso dependa de la que deba proferirse en otro, y que el punto tenga que ver con algún aspecto que no sea procedente decidir en el primero». Situación que no se configura en el presente asunto, porque no existe

---

[2] Folios 127 a 139 del expediente del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho.
[3] Consejo de Estado, Sección Segunda Subsección B, sentencia de 4 de marzo de 2010, expediente 1338-2009

una dependencia frente al proceso que se tramita en esa Corporación que impida desatar la controversia aquí planteada.

Por otro lado, manifestó que si bien el Decreto 2863 de 2007 no incluyó a los agentes de la Policía Nacional como destinatarios del incremento de la prima de actividad prevista en los artículos 2 y 4 del mismo, ni a sus beneficiarios, tal circunstancia no configura por sí misma, vulneración al derecho de igualdad que alega el recurrente y que sirve de fundamento a la excepción de inconstitucionalidad invocada.

Precisó que la Corte Constitucional ha señalado que para que proceda un cargo por vulneración al principio de igualdad, la condición es que exista un tratamiento desigual a dos personas o grupos que se encuentren en idénticas circunstancias. No obstante, tal presupuesto no se ajusta en el presente asunto, toda vez que al interior de la Fuerza Pública no es posible situar en el mismo plano a los agentes, oficiales y suboficiales, ya que se trata de categorías de servidores claramente diferenciables en cuanto a niveles, grados, tareas y responsabilidades asignadas, cuyo régimen de ingreso, ascenso, retiro, remuneración y prestaciones se encuentra en regímenes disímiles.

Por lo tanto, el demandante en su calidad de agente retirado de la Policía no se encuentra en las mismas circunstancias fácticas y jurídicas de los oficiales y suboficiales de dicha institución, luego entonces, no se puede predicar que exista vulneración al derecho a la igualdad.

Indicó respecto de la omisión legislativa de los articulo 2 y 4 de del Decreto 2863 de 2007, los cuales producen efectos generales y no particulares, lo procedente es que dicha pretensión sea decidida mediante el uso del medio de control de nulidad por inconstitucionalidad ante el Consejo de Estado.

Finalmente, señaló que al estar claro que al señor Cárdenas Rosas no le es aplicable el incremento que el artículo 4 del Decreto 2863 de 2007 consagró sobre la prima de actividad, por estar dirigido expresamente a los oficiales y suboficiales de la Fuerza Pública, y que la entidad accionada le cancela la asignación de retiro con fundamento en la normativa vigente, lo pretendido por el actor no puede ser acogido, y por ende no es procedente decretar la nulidad del acto acusado que el

negó la reliquidación de la asignación de retiro de conformidad con las normas antes mencionadas.

## RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN[4]

La parte recurrente invocó como causal de revisión la consagrada en el ordinal 5.º del artículo 250 del CPACA, por considerar que se configuró una nulidad originada en la sentencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca por la vulneración manifiesta al debido proceso.

Como fundamento del recurso señaló que el Tribunal Administrativo de Cundinamarca al proferir la sentencia recurrida, desconoció las normas superiores en que debía fundamentarse, especialmente los artículos 170 y 171 Código de Procedimiento Civil[5], por cuando al pronunciarse dentro de la misma sobre la solicitud de suspensión del proceso por prejudicialidad generó una nulidad insanable, pues tal petición debió ser resuelta antes de emitirse la providencia en mención, lo que conlleva a que se configure la causal de nulidad contenida en el ordinal 5º del artículo 140 del CPC.

## CONTESTACIÓN DEL RECURSO[6]

La apoderada de la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional, precisó en primer lugar, que el régimen de pensiones o asignaciones de retiro de la Fuerza Pública, es de naturaleza especial acorde con los mandatos constitucionales de los artículos 217 y 218, y en segundo término, que a quien le corresponde regular el régimen prestacional de éstos, es al Gobierno Nacional de conformidad con las facultades otorgadas por los artículos 11 y 189 superior.

Bajo ese entendido, señaló que la entidad le reconoció el recurrente la asignación de retiro de conformidad con la norma vigente para ese momento, que viene

---

[4] Folios 1 a 9
[5] Hoy artículo 133 del Código General del Proceso
[6] Folios 35 a 37

siendo reajustada con base en los decretos expedidos por el Gobierno Nacional los cuales fijan los parámetros para tal fin, luego si el señor Cárdenas Rosas no estaba de acuerdo con esos actos administrativos, debió demandarlos mediante la acción de inconstitucionalidad, como quiera que la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional no cuenta con las facultades legislativas para modificarlos.

Sobre la solicitud de suspensión por prejudicialidad, indicó que el fallador de segunda instancia no tenía la necesidad de esperar a que el Consejo de Estado dictara sentencia en el proceso de nulidad por inconstitucionalidad, toda vez que realizó un estudio por vía de excepción de la norma[7] y concluyó que la consolidación de derechos para la prima de actividad se dio bajo una normativa anterior al Decreto 1213 de 1990, razón por la cual al recurrente no le era aplicable el Decreto 2863 de 2007.

## CONSIDERACIONES

### El problema jurídico

El problema jurídico que se debe resolver, se resume en la siguiente pregunta:

¿Se configura la causal 5.º de revisión prevista por el artículo 250 del CPACA, por presentarse una nulidad originada en la sentencia proferida el 4 de abril de 2014 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección C, al decidir la solicitud de suspensión del proceso por prejudicialidad en el fallo de segunda instancia?

La Subsección sostendrá la siguiente tesis: No se configura la causal 5º de revisión prevista por el artículo 250 del CPACA, como pasa a explicarse.

### Generalidades del recurso extraordinario de revisión

[7] Decreto 2863 de 2007

En primer lugar, conviene precisar que el recurso extraordinario de revisión tiende a invalidar los efectos jurídicos de una sentencia que ya se encuentra ejecutoriada, por eso se presenta como una excepción al principio de la cosa juzgada, y las causales para su procedencia están señaladas taxativamente en el artículo 250 del CPACA.

De otra parte, para que el juez pueda examinar la controversia materia del recurso, es necesario que la causal invocada por el recurrente se encuentre debidamente acreditada dentro de las contempladas por el artículo *ibídem*. En este sentido, la Sala Plena de esta Corporación sostuvo:

> «[…] El recurso extraordinario de revisión procede por especiales circunstancias consagradas taxativamente en la ley, con miras a prescindir de una sentencia ejecutoriada, para, en el caso de prosperidad reabrir el proceso y dictar la sentencia que en derecho habrá de sustituir la revocada. Precisamente, por cuanto este recurso extraordinario atenta contra el principio de inmutabilidad y firmeza de los fallos judiciales, las causales que lo fundamentan se hallan taxativamente relacionadas en la norma y su examen y aplicación obedecen a un estricto y delimitado ámbito interpretativo […][8]».

**La causal 5º de revisión.**

El ordinal 5.º del artículo 250 del CPACA señala como causal de revisión la siguiente:

> «5. Existir nulidad originada en la sentencia que puso fin al proceso y contra la que no procede recurso de apelación.»

Sobre esta causal, el Consejo de Estado, en sentencia de 3 de febrero de 2015[9] acogió la tesis del respeto a la taxatividad y legalidad de las nulidades, de ahí que las causales de nulidad de la sentencia son las previstas en el artículo 140 del Código de Procedimiento Civil (hoy 133 del Código General del Proceso), y las que

---

[8]Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sala 26 de decisión, sentencia de 25 de marzo de 2015, Consejera Ponente Olga Mélida Valle de la Hoz, número interno : 11001-03-15-000-1998-00157-01
[9]Ibídem.

se originan en la sentencia a partir del artículo 29 de la Constitución Política, posición que la Subsección acoge.

Lo anterior, entre otras razones, porque le corresponde al legislador determinar las causales de nulidad, en desarrollo del artículo 29 de la Constitución Política, y así lo consagró el código procesal civil. Esto implica además, que quien solicita la revisión de una sentencia por esta causal tiene la carga de demostrar que no tuvo oportunidad de alegarla antes, por cuanto esa es la razón de que la nulidad se origine en la sentencia.

Finalmente, esta causal de revisión exige que concurran dos presupuestos: uno de carácter objetivo y otro subjetivo. El primero de ellos, consiste en que contra la decisión objeto del recurso extraordinario no proceda el recurso de apelación, y el segundo, en que la causal de nulidad se haya originado en la sentencia.

**La causal de nulidad invocada.**

La parte recurrente invocó como causal de nulidad de la sentencia, la violación del artículo 29 de la Constitución Política y la prevista en el ordinal 5.º del artículo 140 del Código de Procedimiento Civil (vigente para la fecha de presentación de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho y del recurso de apelación respectivo, como lo indicó esta Corporación en sentencia de 2 de junio de 2014, radicado n.º. 49299, consejero ponente Dr. Enrique Gil Botero), en los siguientes términos:

> «[…] El proceso es nulo en todo o en parte, solamente en los siguientes casos:
>
> «[…]»
>
> 5.- Cuando se adelanta después de ocurrida cualquiera de las causales legales de interrupción o de suspensión, o si en estos casos se reanuda antes de la oportunidad debida. […]»

Ello, por considerar que existe una nulidad originada en la sentencia que puso fin al proceso y contra la que no procede recurso de apelación, en la medida que el Tribunal Administrativo de Cundinamarca no se pronunció respecto de la petición

de suspensión del proceso por prejudicialidad en el trámite de la segunda instancia, sino que la resolvió en la sentencia.

**Análisis de la causal de revisión invocada**

Ahora, conforme a lo señalado en acápites anteriores, en el caso concreto se definirá si se encuentran probados los presupuestos para la procedencia del recurso extraordinario de revisión, en los siguientes términos:

i). **Presupuesto objetivo**: Para la Subsección se encuentra probado el mismo, toda vez que la sentencia proferida el 4 de abril de 2014 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, no es objeto de recurso de apelación, en la medida que fue dictada en segunda instancia.

ii). **Presupuesto subjetivo:** El recurrente señala que se configura la causal de revisión del ordinal 5.º del artículo 250 del CPACA, porque a su juicio es nula la sentencia proferida el 4 de abril de 2014 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en segunda instancia, toda vez que la solicitud realizada en los alegatos de conclusión de suspensión del proceso por prejudicialidad no fue resuelta, con lo cual, se vulneró su derecho al debido proceso.

Para determinar este presupuesto, el ordinal 2.º del artículo 170 del Código de Procedimiento Civil, señala como causal de suspensión del proceso:

> «[…] 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.
>
> No obstante, el proceso ejecutivo no se suspenderá porque exista un proceso ordinario iniciado antes o después de aquél, que verse sobre la validez o la autenticidad del título ejecutivo, si en éste es procedente alegar los mismos hechos como excepción. […]»

Ahora, el artículo 171 del Código de Procedimiento Civil, prevé que contra el auto que resuelva sobre la solicitud de suspensión del proceso se podrá interponer el recurso de apelación en el efecto suspensivo cuando accede, y en el devolutivo cuando se deniegue, de manera que la petición debe ser resuelta en una

providencia previa a dictar el fallo definitivo, con el fin de garantizar el derecho de defensa de la contraparte mediante la presentación del respectivo recurso.

No obstante, esta Corporación en asunto idéntico al presente[10] ha reiterado que dicho análisis resulta relevante siempre y cuando la solicitud se formule en sede de primera instancia, toda vez que es el escenario procesal propicio para agotar el respectivo recurso contra la decisión que se produzca en relación con la suspensión del proceso. En caso contrario, cuando dicha solicitud se formule en sede de segunda instancia, la decisión que adopte el fallador no podrá ser controvertida.

Determinado lo anterior, observa la Sala que en el presente asunto se solicitó la suspensión del proceso en los alegatos de conclusión de la segunda instancia, y en esa medida no era posible que la decisión que se tomara pudiera ser controvertida por el superior funcional, al ser la instancia definitiva del proceso.

Bajo ese contexto, la Subsección considera que la supuesta violación del derecho al debido proceso y de defensa alegada por el recurrente por no haberse resuelto la solicitud de prejudicialidad del proceso antes de proferirse la sentencia de segunda instancia, no constituye un error que invalide el fallo de 4 de abril de 2014, por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección C, toda vez que no se demostró el desconocimiento de las ritualidades propias del proceso que implique la anulación de la mencionada decisión que, en todo caso, se presenta cuando se da trámite al proceso pese a estar suspendido, lo cual, se repite, no sucedió.

En suma lo que pretende el recurrente es reabrir un debate sobre un asunto que ya hizo tránsito a cosa juzgada.

**En conclusión:** No se configura la causal de revisión del ordinal 5.º del artículo 250 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en la medida que el Tribunal Administrativo de Cundinamarca al no resolver la solicitud de suspensión del proceso por prejudicialidad antes de emitir el fallo de segunda instancia, toda vez que se pronunció sobre dicha solicitud dentro del mismo, no genera una nulidad insaneable.

---

[10] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, sentencia de 6 de octubre de 2016, Consejera ponente Sandra Lisset Ibarra Vélez, número interno: 3322-2015

**Decisión**

En las anteriores condiciones, al no configurarse la causal invocada, no prospera el recurso extraordinario interpuesto.

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

**FALLA**

**Primero:** Declarar infundado el recurso extraordinario de revisión interpuesto por el señor Benjamín de Jesús Cárdenas Rosas contra la sentencia proferida el 4 de abril de 2014 por la Subsección C de la Sección Segunda del Tribunal Administrativo Cundinamarca dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho radicado bajo el número 2013-00067.

**Segundo:** Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho al Tribunal de origen y, archívese el presente asunto, previas las anotaciones pertinentes en el programa informático “Justicia Siglo XXI”.

Notifíquese y cúmplase.

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

**WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ** **RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS**

**GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ**

**Relatoría:** JORM/Lmr.