

RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN – Causal quinta (5) de revisión / CAUSAL QUINTA (5) DE REVISIÓN – Existir nulidad originada en la sentencia que puso fin al proceso y contra la que no procede recurso de apelación / SUSPENSIÓN DEL PROCESO POR PREJUDICIALIDAD – Se debe realizar en primera instancia / SUSPENSIÓN DEL PROCESO POR PREJUDICIALIDAD EN SEGUNDA INSTANCIA – La decisión que se toma no puede ser controvertida por el superior funcional DEBIDO PROCESO Y DERECHO DE DEFENSA – No vulnerados

[L]a 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, no constituye un error que invalide el fallo de 30 de enero de 2014, proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección D, toda vez que no se halla demostrado 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 no genera una nulidad insaneable.

FUENTE FORMAL: LEY 1437 DE 2011 – ARTICULO 250 NUMERAL 5 / CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL – ARTICULO 140 NUMERAL 5 LEY 1564 DE 2012 – ARTICULO 161 / LEY 1564 DE 2012 – ARTICULO 162

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN SEGUNDA

SUBSECCIÓN A

Consejero ponente: WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ

Bogotá D. C., quince (15) de marzo de dos mil dieciocho (2018)

Radicación número: 11001-03-25-000-2014-00862-00(2668-14)

Actor: HORACIO CHALA

Demandado: CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE LA POLICÍA NACIONAL.

Ley 1437 de 2011- Recurso extraordinario de revisión

Sentencia O-027-2018

La Subsección A de la Sección Segunda del Consejo de Estado, decide el recurso extraordinario de revisión interpuesto contra la sentencia de 30 de enero del 2014, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección D, dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por el señor Horacio Chala contra la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional.

ANTECEDENTES

El señor Horacio Chala, por intermedio de apoderado y en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho que consagrada 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 omisión 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 7920 de 1.º de diciembre de 2011, proferido por el Subdirector de prestaciones sociales de la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional y del acto ficto o presunto negativo producto del silencio administrativo que se generó con ocasión del recurso de apelación interpuesto el 27 de enero de 2012 contra el Oficio n.º 7920 de 1.º de diciembre de 2011, por los cuales se le denegó el reajuste de su asignación de retiro.

A título de restablecimiento del derecho solicitó, se ordene a la entidad demandada relíquidar la asignación de retiro, con la inclusión de 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 1950 de 13 de mayo de 1988, la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional le reconoció asignación de retiro en el grado de agente con el 74% de las partidas legalmente computables, con efectividad del 2 de febrero de 1988.

2.- Indicó que durante la prestación del servicio, devengó como prima de actividad el 50% de la asignación básica. Sin embargo, la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional 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 INSTANCIA¹

El Juzgado Octavo Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Bogotá, por medio de la sentencia proferida el 26 de agosto de 2013, se declaró inhibido para pronunciarse respecto de la omisión legislativa relativa de los artículos 2 y 4 del Decreto 2863 de 2007, por considerar que el competente para resolver de fondo dicha excepción de inconstitucionalidad es el Consejo de Estado a través del medio de control de nulidad.

De igual manera, denegó la pretensión referente a la reliquidación de la asignación de retiro del señor agente Horacio Chala con la inclusión de la prima de actividad conforme al Decreto 2863 de 2007, en la medida que el incremento señalado en dicha norma solo incluyó a los oficiales, suboficiales de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional y al personal civil del Ministerio de Defensa Nacional.

Finalmente, indicó que no se vulneró el derecho fundamental de la igualdad, toda vez que el legislador puede fijar beneficios para ciertos servidores de una entidad o institución por niveles, responsabilidades, jerarquía, es decir, por diferencias objetivas.

SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA²

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección D a través de la sentencia de 30 de enero de 2014, confirmó la decisión de primera instancia, con base en los siguientes argumentos.

En primer lugar, señaló que no comparte el argumento esgrimido por el *a quo*, en el sentido de indicar que no es posible aplicar la excepción de

¹ Folios 85 a 93.

² Folios 140 a 155.

inconstitucionalidad por omisión del Estado, por cuanto debe distinguirse que una cosa es el medio de control de nulidad por inconstitucionalidad previsto en el artículo 135 del CPACA y otra muy distinta es la excepción por inconstitucionalidad del artículo 4 superior, según el cual los jueces están llamados a inaplicar cualquier norma jurídica que la contraríe.

En ese sentido, consideró que la exclusión de los agentes de la Policía Nacional del beneficio contemplado en el Decreto 2863 de 2007, esto es, el aumento con base en el principio de oscilación de la prima de actividad en el mismo porcentaje de los oficiales y suboficiales activos, no consulta ningún fin constitucionalmente válido que permita mantener el trato diferenciado.

No obstante, precisó que el artículo 4.º del Decreto 2863 de 2007, limitó el incremento de la prima de actividad, a aquellos miembros de la Fuerza Pública y del personal civil del Ministerio de Defensa Nacional que obtuvieron su asignación de retiro o su pensión de jubilación antes del 1 de julio de 2007 en vigencia de los Decretos 1211, 1212, 1213 y 1214 de 2007 todos de 1990.

Por tanto, indicó que como al agente Horacio Chala le fue reconocida la asignación de retiro bajo la vigencia del Decreto 2063 de 1984, como consta en la Resolución n.º 1950 de 13 de mayo de 1988, no se puede ordenar que se efectuó el incremento de la prima de actividad pretendido, toda vez que dicho beneficio es propio de quienes hayan obtenido su asignación de retiro en vigencia de los decretos de 1990.

RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN³

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.

³ Folios 168 a 176

Como fundamento del recurso señaló que el Tribunal Administrativo de Cundinamarca no decidió la solicitud de suspensión del proceso por prejudicialidad, toda vez que a la fecha en la que se profirió la sentencia de segunda instancia, el Consejo de Estado no se había pronunciado sobre la demanda de nulidad presentada contra el artículo 2.º del Decreto 2863 de 2007, lo cual, tiene relación directa con el asunto objeto de estudio en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho.

Por tanto, consideró que al proferir la sentencia de segunda instancia, el *ad quem*, desconoció los artículos 170 y 171 del Código de Procedimiento Civil y vulneró el derecho de defensa y debido proceso, lo que conlleva a que se configure la causal de nulidad contenida en el ordinal 5.º del artículo 140 ib.

CONTESTACIÓN DEL RECURSO⁴

La apoderada de la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional, precisó 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 norma⁵ 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.

De igual modo afirmó que al momento de liquidar la asignación de retiro, se efectuó con base en la hoja de servicios expedida por la Policía Nacional en donde se indicó el tiempo de servicios y las partidas que debían computarse, de manera que se le concedió su derecho y se aplicó la norma vigente que para ese entonces era el Decreto 2063 de 1984.

⁴ Folios 200 a 204

⁵ 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 30 de enero de 2014 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección D, al no decidir la solicitud de suspensión del proceso por prejudicialidad?

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

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 otro lado, y para que el juez pueda entrar a 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 [...]»⁶.

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 2015⁷ 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 se originan en la sentencia a partir del artículo 29 de la Constitución Política, posición que la Subsección acoge en esta oportunidad.

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 hizo en el estatuto 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, ya que ese es el entendimiento de que la nulidad se origine en la sentencia.

Finalmente, como lo ha señalado esta Corporación en asuntos similares⁸, esta

⁶Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sala 26 de decisión, sentencia de 25 de marzo de 2015, Consejera Ponente Olga Mérida Valle de la Hoz, número interno : 11001-03-15-000-1998-00157-01

⁷Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sala 26 de decisión, sentencia de 25 de marzo de 2015, Consejera Ponente Olga Mérida Valle de la Hoz, número interno : 11001-03-15-000-1998-00157-01

⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, sentencia de 8 de marzo de 2018, Consejero ponente Gabriel Valbuena Hernández, número interno 0565-2015

causal de revisión exige que concurren dos presupuestos: uno de carácter objetivo y otro de carácter 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 interposición de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho y del recurso de apelación respectivo, como lo indicó la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, radicado n.º. 49299 de 2 de junio de 2014, consejero ponente 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.

Análisis de la causal de revisión invocada

Ahora, conforme a lo señalado en acápite 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, toda vez que la sentencia proferida el 30 de enero de 2014 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, no es susceptible de recurso de apelación, en la medida que fue dictada en segunda instancia.

ii). **Presupuesto subjetivo:** El recurrente señala que se configura la causal del revisión del ordinal 5.º del artículo 250 del CPACA, en la medida en que a su juicio es nula la sentencia proferida el 30 de enero 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 (hoy artículos 161 y 162 del Código General del Proceso), dispone 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 presente⁹ 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, no constituye un error que invalide el fallo de 30 de enero de 2014, proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección D, toda vez que no se halla demostrado 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.

⁹ 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

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 no genera una nulidad insaneable.

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 Horacio Chala contra la sentencia proferida el 30 de enero de 2014 por la Subsección D 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 al Juzgado de origen y háganse 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