

RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN – Finalidad

Como lo ha reiterado la jurisprudencia de esta Corporación, la revisión es un medio de impugnación extraordinario que limita la inmutabilidad de las sentencias en relación con la cosa juzgada y permite que se subsanen determinadas irregularidades o ilegalidades, conforme a las causales previstas en el artículo 250 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, siendo la principal finalidad de este recurso es el restablecimiento de la justicia.

NOTA DE RELATORÍA: Corte constitucional, sentencia C-247 de 1997, M.P.: José Gregorio Hernández Galindo.

RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN – Procedencia / RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN – Causales taxativas.

La procedencia de este recurso se encuentra sujeta al estricto, riguroso y ajustado cumplimiento de las causales que expresamente ha previsto el legislador, sin que sea dable ampliarlas mediante interpretación analógica, con lo cual se busca evitar que el mismo se convierta en una tercera instancia y se utilice para remediar equivocaciones en que hubiera podido incurrir alguna de las partes, o para controvertir juicios de valor del fallador. **NOTA DE RELATORÍA:** Consejo de Estado, Sala Plena de lo contencioso administrativo, sentencia de 27 de abril de 2004, C.P.: María Inés Ortiz Barbosa, rad.: REV-194.

RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN – Causal quinta / NULIDAD ORIGINADA EN LA SENTENCIA QUE PONGA FIN AL PROCESO / SILENCIO JUDICIAL FRENTE A SOLICITUD DE PREJUDICIALIDAD

Determina la Sala que la omisión a que alude la recurrente por parte del tribunal, esto es, no pronunciarse sobre la solicitud de prejudicialidad que presentó en los alegatos de conclusión de segunda instancia, no origina la existencia de nulidad en la sentencia que puso fin al proceso, por ello se declarará infundado el recurso extraordinario de revisión propuesto por la señora Martha Susana Bejarano de Florido. **NOTA DE RELATORÍA:** Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia de 28 de septiembre de 2016, C.P.: Sandra Lisset Ibarra Vélez, rad.: 0818-14.

FUENTE FORMAL: CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL – ARTÍCULO 140 / CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL – ARTÍCULO 170 / CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL – ARTÍCULO 171 / LEY 1437 DE 2011 – ARTÍCULO 250

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN SEGUNDA,

SUBSECCIÓN B

Consejero ponente: CÉSAR PALOMINO CORTÉS

Bogotá D.C., veintidós (22) de febrero de dos mil dieciocho (2018)

Radicación número: 11001-03-25-000-2014-00880-00(2712-14)

Actor: MARTHA SUSANA BEJARANO DE FLORIDO

Demandado: CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE LA POLICÍA NACIONAL

Tema : Recurso extraordinario de revisión – Ley 1437 de 2011.

Decide la Sala el recurso extraordinario de revisión¹ interpuesto contra la sentencia del 27 de febrero de 2014, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección D, mediante la cual se confirmó la sentencia de primera instancia que negó las pretensiones de la demanda formulada por la señora Martha Susana Bejarano de Florido.

I. ANTECEDENTES

La señora Martha Susana Bejarano de Florido, a través de apoderado, solicitó al Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección D, que revocara la sentencia de primera instancia del 5 de septiembre de 2013 proferida por el Juzgado Once Administrativo del Circuito de Bogotá por medio de la cual denegó la nulidad del Oficio 4238 del 17 de diciembre de 2012, proferida por el director general de la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional, en adelante CASUR, mediante el cual negó la asignación de retiro con la inclusión del porcentaje de la prima de actividad.

1. De la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección D.

El 27 de febrero de 2014 el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección D, confirmó la decisión de primera instancia, la cual denegó las pretensiones de la demanda formulada por la señora Martha Susana Bejarano

¹ Con fundamento en la disposición vigente al momento de haberse formulado el presente recurso, esto es, Ley 1437 de 2011.

de Florido contra la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional –CASUR-, con los siguientes razonamientos.

Sostuvo el Tribunal que, “[e]sto, tiene sustento en el hecho de que el artículo 4 del Decreto 2863 de 2007 expresamente indica que también tendrán derecho al ajuste de la prima de actividad los allí mencionados, “por razón del incremento de que trata el artículo 2 del presente decreto”, norma que obliga al operador jurídico a efectuar una interpretación restrictiva, pues si bien se benefician del incremento aquellos quienes hayan obtenido las prestaciones ya transcritas con anterioridad al 1 de julio de 2007, limita los destinatarios de la norma en cuanto son aquellos quienes se les haya reconocido asignación de retiro una vez entraron a regir los diferentes estatutos de 1990 a que se refiere el artículo 2 del Decreto *ibídem*. En consecuencia, no le es dable al juez, dentro de esta hermenéutica jurídica, atribuirle a la norma un “lato sensu” o sentido amplio que no dispuso en su texto la autoridad administrativa.

Así las cosas, como el Agente Jairo Yesid Florido Álvarez (q.e.p.d.) le fue reconocida asignación de retiro bajo la vigencia del Decreto 2063 de 1984, como se desprende de la Resolución No 2137 de 30 de julio de 1986 (fls 9 y 10), no se puede ordenar que se efectúe el incremento de la prima de actividad pretendido, toda vez que como ya se dijo, dicho beneficio es propio de quienes hayan obtenido su asignación de retiro en vigencia de los decretos de 1990 ya referidos².

2. El recurso extraordinario de revisión

La señora Martha Susana Bejarano de Florido, mediante apoderado, el 20 de marzo de 2014, interpuso recurso extraordinario de revisión en contra de la sentencia del 27 de febrero del mismo año proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección D, invocando la causal contenida en el numeral 5 del artículo 250 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, Ley 1437 de 2011³, y solicitó las siguientes declaraciones:

² Folios 117 al 130 del cuaderno 1

³ Disposición vigente al momento de formularse el presente recurso extraordinario de revisión.

“PRIMERA: Que se decrete la NULIDAD DEL PROCESO A PARTIR DEL FALLO DE SEGUNDO GRADO, INCLUSIVE, proferido por la Subsección “D” de la Sección Segunda del Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca, (...) de fecha 27 de febrero de 2014, por medio de la cual se CONFIRMÓ LA SENTENCIA DEL A QUO QUE HABÍA NEGADO LAS SÚPLICAS DE LA DEMANDA PROFERIDA POR EL SEÑOR (A) DOCTOR (A) JUEZ 11 DEL CIRCUITO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE BOGOTÁ, en contra del Demandante MARTHA SUSANA BEJARANO DE FLORIDO y a favor de la Demandada CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE LA POLICÍA NACIONAL, con fundamento en el factor pensional denominado “Prima de Actividad”, de conformidad con lo dispuesto en el Inconstitucional contenido normativo de los artículos 2 y 4 del Decreto 2863 de 2007, donde sin razón alguna se discriminó al Demandante y por lo mismo se violentó el artículo 13 Superior sino los principios rectores de la Ley Marco o cuadro 923 de 2004, Único Régimen Pensional de la Fuerza Pública.

SEGUNDA: Que como consecuencia de la anterior declaratoria de nulidad, se decrete LA SUSPENSIÓN DEL PROCESO POR PREJUDICIALIDAD, por el término máximo ordenado en la ley y/o hasta el momento en que el H. Consejo de Estado se pronuncie acerca de la simple nulidad del artículo 2 del Decreto 2863 de 2007, suspensión que fue peticionada en su debida oportunidad de conformidad con el numeral 2 del artículo 170 del C.P.C., “...acto administrativo de alcance particular cuya nulidad esté pendiente del resultado de un proceso contencioso administrativo, ...”, aplicable por remisión del artículo 306 del C.P.A.C.A., el primero, el demandado en este medio de control, el segundo, el Proceso de Nulidad Simple distinguido con el número 11001032500020100013600, cuyo Demandante es el señor CHRISTIAN FERNANDO JOAQUI TAPIA y que cursa en el Despacho del Honorable Magistrado Doctor ALFONSO VARGAS RINCÓN de la Subsección “A” de la Sección Segunda del Consejo de Estado y que versa sobre la Nulidad Simple del artículo 2 del Decreto 2863 de 2007, expedido por el Gobierno Nacional “por el cual se modifica parcialmente el Decreto número 1515 de 2007 y se dictan otras disposiciones”. Tal, -repito-, como se solicitó dentro del memorial contentivo de los alegatos de conclusión presentados en la segunda instancia y que el Ad Quem no se pronunció,

por lo que presentada la solicitud de suspensión y no ser resuelta, se generó una nulidad insanable (artículo 140 numeral 5 del C.P.C.)

TERCERA: Como consecuencia de las dos anteriores declaraciones se disponga que la Subsección “D” de la Sección Segunda del Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca, una vez se pronuncie el H. Consejo de Estado acerca del Proceso de Simple Nulidad debidamente identificado en la pretensión anterior, proceda a proferir nuevo fallo de segundo grado ajustado a derecho y al precedente jurisprudencial resultante del fallo de simple nulidad del artículo 2 del Decreto 2863 de 2007, es decir, lo que nos indique el H. Consejo de Estado”⁴

Se refirió a los siguientes hechos con el fin de demostrar la causal del numeral 5 del artículo 250 de la Ley 1437 de 2011.

Adujo que el ex policial fallecido de quien proviene el derecho, prestó los servicios como agente en la Policía Nacional y, al momento de producir el retiro el 7 de mayo de 1986 se le venía pagando el 50% como factor salarial de prima de actividad, pero una vez reconocida la asignación de retiro por CASUR se le fijó como factor pensional el 20% por concepto de prima de actividad.

La parte actora transcribió los artículos 2 y 4 del Decreto 2863 de 2007 que modificó el Decreto 1515 de 2007 para sostener que el legislador extraordinario con el primer decreto citado discriminó al personal de agentes de la Policía Nacional, desconociendo el derecho fundamental de la igualdad.

Afirmó que la demandante reclamó su derecho a CASUR, la cual negó el reajuste con el porcentaje de la prima de actividad argumentando que la norma no había contemplado al personal de agentes y la disposición aplicable es la vigente al momento del retiro.

Reiteró que en la Sección Segunda, Subsección A del Consejo de Estado se tramita la acción nulidad simple del artículo 2 del Decreto 2863 de 2007, por lo cual solicitó la suspensión del proceso ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, sin que éste se pronunciara sobre la petición y falló la segunda

⁴ Folios 3 y 4 del cuaderno principal

instancia confirmando la sentencia expedida por el juez que negó las pretensiones.

Agregó que el Tribunal Administrativo de Cundinamarca al no pronunciarse sobre la suspensión del proceso por prejudicialidad para evitar decisiones antagónicas o contradictorias generó una nulidad insaneable, de acuerdo con los artículos 170 y 171 del Código de Procedimiento Civil, situación que además constituye violación al debido proceso, y pese a esta circunstancia expidió el fallo de segunda instancia con el cual término el proceso, por lo que estima que la decisión es ineficaz, configurándose la causal del numeral 5 del artículo 250 de la Ley 1437 de 2011⁵.

3. Trámite procesal

Con auto del 18 de abril de 2016, el Despacho sustanciador admitió el recurso extraordinario de revisión presentado por la señora Martha Susana Bejarano de Florido, por conducto de apoderado, contra la sentencia del 27 de febrero de 2014 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección D; igualmente, ordenó notificar a la Caja de Sueldos del Retiro de la Policía Nacional para que contestara la demanda⁶.

A través del auto del 10 de octubre de 2016, se decidió sobre el decreto y practica de pruebas de acuerdo con el artículo 254 de la Ley 1437 de 2011, teniendo como tal, el expediente del proceso ordinario que da origen al recurso extraordinario de revisión⁷.

4. Oposición al recurso extraordinario de revisión

La Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional, a través de apoderado dio contestación a la demanda sosteniendo que se opone a las pretensiones, ya que la prima de actividad se estableció como una prestación a favor de los miembros activos de la Fuerza Pública y posteriormente se convirtió en un factor de liquidación de las asignaciones de retiro según el porcentaje por los años que el interesado estuvo en servicio, debiéndose liquidar conforme a la normatividad vigente para la fecha en que estuvo activo el miembro en la Policía Nacional.

⁵ Folios 2 al 10 del cuaderno principal

⁶ Folios 20 y 21 del cuaderno principal

⁷ Folios 43 y 44 del cuaderno principal.

Es así, que al extinto agente Jairo Yecid Florido Álvarez se le consolidó el derecho a devengar la asignación mensual de retiro en vigencia del Decreto 2063 de 1984, y si bien el Decreto 2863 de 2007 reajustó la prima de actividad en un 50% únicamente cobijó al personal de oficiales y suboficiales, no lo hizo extensivo a los agentes activos o retirados.

Respecto al asunto objeto de revisión afirmó, “[a]unado a ello, no es predicable la prejudicialidad en la decisión, toda vez que el Honorable Consejo de Estado se ha pronunciado frente a ésta en forma desfavorable, y que de existir la misma, había sido provocada por el demandante, ya que la radicación de la demanda fue realizada en fecha posterior a la simple nulidad sin esperar sus resultados por la parte accionante para hoy si alegarla, procurando una nueva instancia”

Propuso como excepción la inexistencia del derecho, al reiterar que de acuerdo con la historia laboral del extinto agente la asignación de retiro la adquirió en vigencia del Decreto 2063 de 1984, por lo tanto no le asiste derecho a reclamar el porcentaje que prevé el Decreto 2863 de 2007, disposición que además excluyó a los agentes⁸.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Competencia y oportunidad

El presente recurso extraordinario de revisión se rige por la Ley 1437 de 2011⁹, siendo competente esta Corporación de conformidad con lo establecido en el inciso 2 del artículo 249 *ibídem*, según el cual las Secciones y Subsecciones del Consejo de Estado conforme a la materia conocen del recurso extraordinario de revisión contra las sentencias ejecutoriadas proferidas por los tribunales administrativos.

El recurso extraordinario de revisión se invoca con fundamento en la causal prevista en el numeral 5 del artículo 250 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en consecuencia el término

⁸ Folios 35 al 40 del cuaderno principal

⁹ Disposición vigente al momento de haberse formulado el presente recurso.

para su interposición es dentro del año siguiente a la ejecutoria de la providencia judicial, de conformidad con el inciso 1 del artículo 251 *ibídem*.

Así entonces, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca profirió la sentencia el 27 de febrero de 2014, la cual quedó ejecutoriada el 13 de marzo de 2014, al estar acreditado que el día 10 del mes y año aludido se les notificó la providencia a las partes a través de los buzones electrónicos¹⁰, de acuerdo con el artículo 203 de la Ley 1437 de 2011¹¹.

La señora Martha Susana Bejarano de Florido a través de apoderado, presentó ante la Oficina de Apoyo para los Juzgados Administrativos de Bogotá, el recurso extraordinario revisión el 20 de marzo de 2014¹², dentro del término previsto por el legislador.

2. Objeto y alcances del recurso extraordinario de revisión

Como lo ha reiterado la jurisprudencia de esta Corporación, la revisión es un medio de impugnación extraordinario que limita la inmutabilidad de las sentencias en relación con la cosa juzgada y permite que se subsanen determinadas irregularidades o ilegalidades, conforme a las causales previstas en el artículo 250 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, siendo la principal finalidad de este recurso es el restablecimiento de la justicia¹³.

El recurso de revisión no implica el desconocimiento de los principios de cosa juzgada y presunción de legalidad y acierto de las decisiones judiciales, sino que, excepcionalmente, en ciertas circunstancias y por las razones consagradas específicamente en la ley, es viable revisar las sentencias en aras de restablecer el imperio de la justicia y mantener el orden jurídico y social. Es precisamente en atención a lo anterior que el recurso de revisión se consagró como un medio extraordinario de impugnación.

En este mismo orden de ideas, la procedencia de este recurso se encuentra sujeta al estricto, riguroso y ajustado cumplimiento de las causales que expresamente ha

¹⁰ Folios 131 al 137 del cuaderno 2

¹¹ Las sentencias se notificarán, dentro de los tres (3) días siguientes a su fecha, mediante envío de su texto a través de mensaje al buzón electrónico para notificaciones judiciales. En este caso, al expediente se anexará la constancia de recibo generada por el sistema de información, y se entenderá surtida la notificación en tal fecha.

¹² Folio 10 del cuaderno principal

¹³ Corte Constitucional, sentencias C-418 de 1994 y C-247 de 1997, M. P. Jorge Arango Mejía y José Gregorio Hernández Galindo, respectivamente, y Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 31 de enero de 1977, Actor: Hotel Americano Ltda., M.P. Humberto Murcia Ballén.

previsto el legislador, sin que sea dable ampliarlas mediante interpretación analógica, con lo cual se busca evitar que el mismo se convierta en una tercera instancia y se utilice para remediar equivocaciones en que hubiera podido incurrir alguna de las partes, o para controvertir juicios de valor del fallador¹⁴.

Las causales de revisión tienen por objeto garantizar la justicia de la sentencia, el principio de la cosa juzgada y el derecho de defensa, siempre y cuando hubieren sido transgredidos por motivos trascendentes o externos al proceso. La estructura interna del fallo, esto es, la normatividad sustancial en la cual se fundamentó, no es atacable por la vía de la revisión, dado que los errores en que haya podido incurrir el juez al decidir son aspectos ajenos al recurso¹⁵.

En relación con las formalidades del recurso, el artículo 252 de la Ley 1437 de 2011 establece que debe interponerse mediante escrito; i) en el cual se señale el nombre y domicilio del recurrente; ii) la designación de las partes con sus representantes; iii) los supuestos de hecho y de derecho que le sirven de fundamento; iv) la indicación precisa y razonada de la causal en que se funda; y v) adjuntar las pruebas que tenga en su poder y solicitar las que pretenda hacer valer.

3. De la excepción propuesta

La parte actora sostiene que se presenta la excepción que denomina, inexistencia del derecho, al tener que el extinto agente adquirió el derecho a la asignación de retiro en vigencia del Decreto 2063 de 1984, por lo tanto no puede reclamar el porcentaje que prevé el Decreto 2863 de 2007, disposición que además excluyó a los agentes.

Sobre esta excepción, determina la Sala que no está llamada a prosperar y así se dispondrá, ya que en este proceso de revisión no se debaten aspectos sustantivos que fueron finiquitados en la primera y segunda instancia en desarrollo del objeto del litigio.

4. Problema jurídico

¹⁴ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia de 27 de abril de 2004, REV 194, Consejera Ponente María Inés Ortiz Barbosa.

¹⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 31 de enero de 1997, M.P. doctor Humberto Murcia Ballén y Hernando Morales Molina, Curso de Derecho Procesal Civil. Parte General, Bogotá, Editorial ABC, 1991, págs. 685 y 686.

En los términos del recurso extraordinario de revisión presentado por la señora Martha Susana Bejarano de Florido, debe la Sala establecer si procede a revocar la sentencia del 27 de febrero de 2014 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, la cual confirmó la sentencia de primera instancia que denegó las pretensiones de la actora, para el efecto se analizará si se configura la causal del numeral 5 del artículo 250 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, es decir, si existe una nulidad insaneable en la providencia que puso fin al proceso originada en no resolver la solicitud de prejudicialidad propuesta por la parte demandante en los alegatos de conclusión.

Para el efecto se abordarán los siguientes aspectos: 4.1 Marco normativo y jurisprudencial de la causal del numeral 5 del artículo 250 de la Ley 1437 de 2011; y 4.2 Caso concreto.

4.1 Marco normativo y jurisprudencial de la causal del numeral 5 del artículo 250 de la Ley 1437 de 2011.

La parte recurrente invoca como sustento del presente recurso extraordinario la causal del numeral 5 del artículo 250 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, que establece:

“Artículo. 250. Sin perjuicio de lo previsto en el artículo 20 de la Ley 797 de 2003, son causales de revisión: (...)

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

(...)”

Respecto de la causal contenida en el numeral 5 del artículo 250 de la Ley 1437 de 2011, la Sala indica que ésta se encontraba regulada en el Decreto 01 de 1984 en el numeral 6 del artículo 188, y sobre la misma el Consejo de Estado ha precisado:

“RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN – Causal sexta. Nulidad originada en la sentencia / CAUSAL SEXTA DEL RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN - Configuración

Para que se configure esta causal resulta necesario que el vicio se genere en el preciso momento en que se dicta la sentencia objeto de censura contra la cual no procede el recurso de apelación, pues si se trata de un reclamo acaecido en una etapa previa a ésta, no tendrá cabida el recurso extraordinario de revisión, salvo, que se trate de circunstancias que aunque ocurrieron con anterioridad a esta etapa procesal no pudieron ser advertidas por el recurrente que solo las conoció con la sentencia. Lo contrario, equivaldría a permitir que el mencionado recurso se convierta en una oportunidad para subsanar la incuria o desidia en que las partes incurrieron en el trámite del proceso ordinario al no proponer las nulidades del caso de acuerdo con las reglas de oportunidad previstas en el artículo 142 del C.P.C, o para proponer nulidades que quedaron saneadas en los términos del artículo 144 ib. Ahora bien, sobre los supuestos que dan origen a esta causal, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo ha señalado los siguientes: a. Dictarse sentencia a pesar de la terminación previa del proceso por desistimiento, transacción o perención, porque con esto se revive un proceso legalmente concluido. b. Dictarse sentencia cuando el proceso se encuentra suspendido. c. Dictarse sentencia sin las mayorías necesarias para la decisión, por la firma de más, o menos jueces de los requeridos legalmente. d. Pretermitir la instancia, por ejemplo: i) al proferir una sentencia sin motivación o ii) violar el principio de la non reformatio in pejus [como cuando se condena al demandado por cantidad superior o por objeto distinto al pretendido en la demanda o por causa distinta a la invocada]. e. Decidir aspectos que no corresponden, por falta de jurisdicción o competencia del juez. En resumen, puede decirse que las causales de nulidad de las sentencias están enmarcadas en dos grupos a saber, el compuesto por las irregularidades originadas en vicios que constituyen causal de nulidad del proceso y solo pudieron ser advertidos en la sentencia y, las relativas a los vicios que contiene la sentencia¹⁶¹⁷.

Determinadas por la jurisprudencia las situaciones procesales que permiten la configuración de la casual del numeral 6 del artículo 188 del Decreto 01 de 1984,

¹⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 16 de julio de 2007, radicación No 11001-03-15-000-2007-00653-00(AC) C.P. Jesús María Lemos Bustamante. Se toma el resumen de la causal del radicado No 110010315000201300702-00,M.P. Lucy Jannette Bermúdez Bermúdez

¹⁷ Sentencia del 1 de noviembre de 2016, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sala Décima Especial de Decisión, Consejera ponente Sandra Lisset Ibarra Vélez, radicación 11001-03-15-000-2012-00230- 00(REV)

hoy numeral 5 del artículo 250 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, Sala pasa a definir el caso concreto.

4.2 Caso concreto

Con el fin de demostrar la causal contenida en el numeral 5 del artículo 250 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el actor estima que se generó una nulidad insaneable a partir del fallo de segunda instancia, de conformidad con el numeral 5 del artículo 140 del Código de Procedimiento Civil, al tener que el Tribunal Administrativo de Cundinamarca guardó silencio sobre la solicitud de suspensión del proceso por prejudicialidad, la cual fue pedida en los alegatos de conclusión en segunda instancia.

De acuerdo con los argumentos a que alude el actor, la Sala determinará si concurren los presupuestos para que se configure la causal prevista en el numeral 5 del artículo 250 de la Ley 1437 de 2011, a saber, i) que no procede recurso de apelación contra la sentencia objeto de revisión; y ii) que la nulidad procesal se origine en la sentencia que puso fin al proceso.

Que no procede recurso de apelación contra la sentencia objeto de revisión

Se encuentra acreditado que la señora Martha Susana Bejarano de Florido instauró demanda de nulidad y restablecimiento del derecho contra la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional, el 15 de febrero de 2015¹⁸, la cual en primera instancia se falló por el Juzgado Once Administrativo del Circuito de Bogotá, el 5 de septiembre de 2013, negando las pretensiones de aquella,¹⁹ y el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección D, mediante sentencia del 27 de febrero de 2014 resolvió el recurso de apelación confirmado la decisión proferida el 5 de septiembre de 2013 por el juzgado²⁰.

Así entonces, por tratarse de una sentencia de segunda instancia que puso fin al proceso de nulidad y restablecimiento del derecho que adelantó la señora Martha Susana Bejarano de Florido contra la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional, la Sala encuentra que se cumple con este presupuesto.

¹⁸ Folios 15 al 34 del cuaderno 1

¹⁹ Folios 59 al 73 del cuaderno 1

²⁰ Folios 117 al 130 del cuaderno 1

Que la nulidad procesal se origine en la sentencia que puso fin al proceso

Indica la Sala que tal como lo ha sostenido el Consejo de Estado para que se configure la causal del numeral 6 del artículo 188 del C.C.A., hoy numeral 5 del artículo 250 de la Ley 1437 de 2011, es obligatorio que el vicio se genere en el momento en que se dicta la sentencia objeto de revisión, de acuerdo con los supuestos procesales que se enunciaron en el marco jurisprudencial²¹, y en el caso del *sub lite* los argumentos esgrimidos en la demanda del recurso extraordinario de revisión se fundamentan en la nulidad procesal prevista en el numeral 5 del artículo 140 del Código de Procedimiento Civil, en armonía con lo dispuesto en los artículos 170 y 171 *ibídem*, lo que permite determinar que la nulidad alegada no se origina en la sentencia que puso fin al proceso ordinario, como pasa a demostrarse.

De la solicitud de prejudicialidad y la nulidad insaneable

Sobre este aspecto, encuentra la Sala que artículo 170 del Código de Procedimiento Civil preveía las causales de suspensión del proceso y en el numeral 2 establecía la prejudicialidad, la cual la definía, así: *“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. (...)”*.

Esta norma se integra con el artículo 171 del C.P.C. al establecer que la suspensión a que se refieren los numerales 1 y 2 del artículo 170 *ídem* sólo se decretará mediante la prueba de la existencia del proceso, y admite recurso de apelación en el efecto suspensivo si se accede a aquélla y en devolutivo si la niega, en consecuencia para la Sala la suspensión del proceso al estar acreditada la figura de la prejudicialidad procede en el trámite de la primera instancia, atendiendo que el recurso de apelación lo resuelve el superior funcional, y en ese

²¹ “Ahora bien, sobre los supuestos que dan origen a esta causal, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo ha señalado los siguientes: a. Dictarse sentencia a pesar de la terminación previa del proceso por desistimiento, transacción o perención, porque con esto se revive un proceso legalmente concluido. b. Dictarse sentencia cuando el proceso se encuentra suspendido. c. Dictarse sentencia sin las mayorías necesarias para la decisión, por la firma de más, o menos jueces de los requeridos legalmente. d. Pretermitir la instancia, por ejemplo: i) al proferir una sentencia sin motivación o ii) violar el principio de la non reformatio in pejus [como cuando se condena al demandado por cantidad superior o por objeto distinto al pretendido en la demanda o por causa distinta a la invocada]. e. Decidir aspectos que no corresponden, por falta de jurisdicción o competencia del juez” (Sentencia del 1 de noviembre de 2016, Sala Plena de lo Contenciosos Administrativo, Sala Décima Especial de Decisión, Consejera ponente Sandra Lisset Ibarra Vélez, radicación 11001-03-15-000-2012-00230- 00(REV)).

sentido se ha pronunciado en reiteradas sentencias esta Subsección, así:

“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.

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. (...)

(...)

En consecuencia, para que se resolviera la petición de prejudicialidad del proceso en los términos de los artículos 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 demanda²².

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

²² 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.

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”²³.

Así entonces, al estar acreditado en el *sub lite* que la parte actora solicitó la suspensión del proceso por prejudicialidad en los alegatos de conclusión de la segunda instancia, inexorablemente se arriba la conclusión acogida en las sentencias transcritas, esto es, que le resultaba improcedente al Tribunal Administrativo de Cundinamarca acceder a la petición de suspensión del proceso por la imposibilidad de garantizar la resolución del recurso de apelación por el superior funcional.

Sentado lo anterior, para la Sala no se presenta la nulidad procesal del numeral 5 del artículo 140 del Código de Procedimiento Civil, la cual establecía: “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. (...)*”, pues la situación procesal que contempla esta causal no se configuró en el trámite del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho adelantado por la señora Martha Susana Bejarano de Florido contra la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional, al estar demostrado que no existió la nulidad insaneable a que alude la parte recurrente.

Así las cosas, para la Sala no se probó que la sentencia del 27 de febrero de 2014, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección D, con la cual se puso fin al proceso que adelantó la señora Martha Susana Bejarano de Florido contra la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional, estuviese afectada por una nulidad originada en la citada providencia, en otras palabras no se configuró la causal contenida en el numeral 5 del artículo 250 de la Ley 1437 de 2011.

Sobre el tema objeto de estudio, la Sala se ha pronunciado, así:

²³ Sentencias del 28 de septiembre de 2016 y 6 de octubre de 2016, Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, Consejera ponente Sandra Lisset Ibarra Vélez, Radicación 11001-03-25-000-2014-00271-00(0818-14) y 11001-03-25-000-2015-00883-00(3327-15), respectivamente

“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”²⁴.

Finalmente, destaca la Sala que el objeto de la solicitud de prejudicialidad la fundamentó la parte actora en el hecho de que en esta Corporación se tramitaba la acción de nulidad simple del artículo 2 del Decreto 2863 de 2007, decisión que afectaba directamente en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho de la recurrente contra CASUR, sobre este aspecto cabe señalar, que la Sección Segunda del Consejo de Estado, en sentencia del 27 de marzo de 2014, expediente 2009-00029-00²⁵, dentro de la acción promovida por Carlos Arturo Arzuaga Guerrero, negó la nulidad propuesta, al considerar y disponer:

“(...) 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.

(...)

²⁴ Sentencia del 28 de septiembre de 2016, Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, Consejera ponente Sandra Lisset Ibarra Vélez, Radicación 11001-03-25-000-2014-00271-00(0818-14).

²⁵ Consejero Ponente, Gerardo Arenas Monsalve

“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”.

En ese orden de ideas, destaca la Sala como se hizo en las sentencias referidas que, *“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”*²⁶

IV DECISIÓN

Como corolario de lo anterior, determina la Sala que la omisión a que alude la recurrente por parte del tribunal, esto es, no pronunciarse sobre la solicitud de prejudicialidad que presentó en los alegatos de conclusión de segunda instancia, no origina la existencia de nulidad en la sentencia que puso fin al proceso, por ello se declarará infundado el recurso extraordinario de revisión propuesto por la señora Martha Susana Bejarano de Florido.

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. DECLARAR infundado el recurso extraordinario de revisión interpuesto por la señora Martha Susana Bejarano de Florido contra la sentencia del 27 de febrero de 2014, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección D.

²⁶ Sentencias del 28 de septiembre de 2016 y 6 de octubre de 2016, Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, Consejera ponente Sandra Lisset Ibarra Vélez, Radicación 11001-03-25-000-2014-00271-00(0818-14) y 11001-03-25-000-2015-00883-00(3327-15), respectivamente.

SEGUNDO. NEGAR la excepción propuesta por la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional.

TERCERO. Devolver el expediente al tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Esta providencia se estudió y aprobó en sesión de la fecha.

CÉSAR PALOMINO CORTÉS
CUÉTER

CARMELO PERDOMO

SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ