

RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISION - Causal 5. Nulidad en la sentencia que culmina el proceso / FALLO RECURRIDO - incongruencias en la apelación / FALLO DE SEGUNDA INSTANCIA - El juez tenía competencia para resolver el recurso de alzada / RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISION - Infundado

Cuando se invoca la causal de nulidad de la sentencia que pone fin al proceso, debe demostrarse que la misma recae en alguno de los supuestos antes relacionados, pues de otra forma se desnaturalizaría la esencia del recurso de revisión al convertirlo en una instancia adicional en la que se cumplan procedimientos que debieron agotarse en el trámite ordinario conforme a los mecanismos previstos en las normas procesales aplicables. (...) El legislador previó que cuando el juez se percate de falta de jurisdicción o competencia por factor ya sea funcional o subjetivo, debe enviar el proceso al juez competente sin que dicha declaración implique nulidad de lo actuado, a menos que se haya dictado sentencia en cuyo caso deberá invalidarse por encontrarse afectada de nulidad. (...) 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 carecía de competencia por el factor funcional, en tanto el recurso de alzada interpuesto por CASUR adolece de incongruencia. En ese orden de ideas, se analizará lo pretendido por el actor frente a lo resuelto por el a quo y los cargos formulados en la apelación por la entidad pública demandada, así como la adhesión de la parte demandante. (...) En ese escenario, se tiene que precisamente el recurso de apelación interpuesto por CASUR, se fundamentó en la irretroactividad de la ley, para señalar que su asignación de retiro se liquidó bajo el rigor de las normas vigentes para el momento en que se consolidó el derecho a la asignación de retiro, por lo que si bien el juez de primera instancia declaró su falta de competencia para pronunciarse frente a la solicitud de declaratoria de omisión legislativa relativa por la no inclusión del personal agente retirado de la Policía Nacional al incremento de la prima de actividad, manifestó que en el caso concreto no es aplicable el Decreto 4433 de 2004 que establece las partidas computables para la asignación de retiro, pensión de invalidez y la pensión de sobrevivencia de los Oficiales, Suboficiales y Agentes de la Policía Nacional, por lo que no más allá de un aserto contra los argumentos de la institución demandada, no se evidencia que la impugnación adolezca de incongruencia respecto de lo pretendido por el actor, así como la decisión proferida por el fallador de instancia. Lo anterior, aunado a que precisamente el apoderado judicial manifestó su desacuerdo en relación con la aplicación del fenómeno extintivo previsto en el Decreto 4433 de 2004, por lo que es desacertado manifestar que la controversia únicamente se relaciona con el Decreto 2863 de 2007, sin que el ad quem pueda pronunciarse frente a los demás puntos de la litis. En este punto, la Sala señala en gracia de discusión que la falta de congruencia del recurso de apelación interpuesto por una de las partes, no deviene en la nulidad de la sentencia proferida por el superior, como sí lo será aquella sentencia que desconozca el principio de congruencia por no guardar consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda y en las demás oportunidades consagradas en la ley.

FUENTE FORMAL: DECRETO 4433 DE 2004 / DECRETO 2863 DE 2007

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

SUBSECCION B

Consejera ponente: SANDRA LISSET IBARRA VELEZ

Bogotá, D.C., diez (10) de marzo de dos mil diecisiete (2017).

Radicación número: 11001-03-25-000-2014-00897-00(2747-14)

Actor: ABRAHAM TENZA RODRIGUEZ

Demandado: CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE LA POLICIA NACIONAL - CASUR

Referencia: MEDIO DE CONTROL: RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISION. TRAMITE: LEY 1437 DE 2011. ASUNTO: NUMERAL. 5 ART. 250 DE LA LEY 1437 DE 2011. FALLO.

La Sala decide el recurso extraordinario de revisión interpuesto por el señor Abraham Tenza Rodríguez contra la sentencia del 19 de febrero de 2013, proferida por la Sección Segunda, Subsección E, Sala de Descongestión del Tribunal Administrativo de Cundinamarca dentro del proceso de radicación 11001-33-31-027-2012-00019-01, providencia que cobró ejecutoria el 5 de marzo de 2013¹.

I. ANTECEDENTES

1.1. Sentencia objeto de revisión.

El fallo referenciado resolvió, lo siguiente:

“PRIMERO. REVÓCASE la sentencia de once (11) de mayo de dos mil doce (2012), proferida por el Juzgado Veintisiete (27) Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá, que declaró no probadas las excepciones propuestas por la pasiva y accedió parcialmente a las súplicas de la demanda, y en su lugar, se dispone:

SEGUNDO: NIÉGANSE las pretensiones de la demanda, de acuerdo con la motivación de esta providencia.”

La Sala de Decisión planteó como problema jurídico establecer si el demandante en calidad de Agente retirado de la Policía Nacional tiene derecho al incremento del porcentaje de prima de actividad que dispuso el Decreto 2863 de 2007 y, de

¹ De conformidad con el artículo 331 del Código de Procedimiento Civil, vigente para la fecha en que se profirió la providencia objeto de revisión.

ser positivo el estudio, determinar si se configuró la prescripción conforme al artículo 43 del Decreto 4433 de 2004.

El Tribunal analizó las normas atinentes a la prima de actividad, para concluir que con la expedición del decreto que fijó el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública (Decreto 4433 de 2004) por el Gobierno Nacional, no se modificó el porcentaje de la prima de actividad del demandante, comoquiera que dicha norma entró a regir el 31 de diciembre de 2004, sin que pueda tener efectos retroactivos respecto de la asignación de retiro de las personas que para ese momento ya tenían consolidada su situación jurídica al amparo de un régimen jurídico anterior.

En lo referente a la excepción de inconstitucionalidad por omisión legislativa, configurada a partir de la expedición del Decreto 2863 de 2007² al no incluir el beneficio del incremento de la prima de actividad a los Agentes de la Policía Nacional, indicó que, contrario a lo afirmado por el *a quo*, la exclusión alegada tiene como fundamento los diferentes grados, el nivel y las clasificaciones dentro de la institución, así como las funciones, calidades y responsabilidades propias del servicio, lo que justifica el trato diferenciado sin vulnerar la Constitución, por lo que no era posible extender el reajuste pretendido y en consecuencia, decidió revocar la decisión de primera instancia³.

1.2. Fundamento del recurso de revisión

El señor Abraham Tenza Rodríguez a través de apoderado judicial⁴, solicitó la revocatoria del fallo proferido el 19 de febrero de 2013 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección E, Sala de Descongestión, y en tal virtud, se confirme la decisión de primera instancia mediante la cual se accedió a las pretensiones de la demanda formulada en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, al considerar que el *ad quem* carecía de competencia funcional para resolver el recurso de apelación interpuesto por la entidad pública demandada al no ser sustentado en legal forma, configurándose la causal prevista en el numeral 5° del artículo 250 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo - Ley

² "Por el cual se modifica parcialmente el Decreto 1515 de 2007 y se dictan otras disposiciones."

³ Folios 107 a 133 del cuaderno 2 (proceso ordinario).

⁴ Fls. 1-9 del cuaderno del recurso extraordinario de revisión, presentado el 11 de diciembre de 2013.

1437 de 2011⁵.

Adujo que el sustento de la impugnación de la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional⁶ se refirió al factor prima de actividad previsto en el Decreto 4433 de 2004, que en nada se relaciona con los fundamentos fácticos y jurídicos señalados en la demanda y el fallo del *a quo*, relativo a la inaplicación del Decreto 2863 de 2007 por cuanto desconoció el derecho a la igualdad del personal de Agentes de la Policía Nacional y en la medida en que citó apartes de sentencias dictadas por los Juzgados y Tribunales Administrativos proferidas con anterioridad a la entrada en vigencia de la citada disposición. En tal sentido, se generó una nulidad insaneable de conformidad con el numeral 5º del artículo 144 Código de Procedimiento Civil⁷, que entre otros supuestos se configura “(...) *Cuando se provea sobre aspectos que no corresponden por falta de jurisdicción o competencia*”.⁸

1.3 Contestación del recurso extraordinario.

La Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional⁹ 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 14 de junio de 1996, en vigencia del Decreto 1213 de 1990, con un monto del 74% del sueldo básico, al prestar sus servicios durante 21 años, 10 meses y 10 días.

Señaló que de conformidad con lo dispuesto en los artículos 217 y 218 de la Constitución, le corresponde al Gobierno Nacional fijar las políticas en materia prestacional y pensional de las fuerzas militares y de policía mediante escalas de graduación y aplicación del principio de oscilación, por lo que no es potestativo de la entidad su modificación.

Propuso como argumentos que denominó excepciones de fondo: i) la inexistencia de nulidad originada en la sentencia que puso fin al proceso y contra la que no

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

⁶ En adelante CASUR.

⁷ “**Artículo 144. Saneamiento de la nulidad.** Modificado por el artículo 1, numeral 84 del Decreto 2282 de 1989. La nulidad se considerará saneada, en los siguientes casos:

(...)

5. Cuando la falta de competencia distinta de la funcional no se haya alegado como excepción previa. Saneada esta nulidad, el juez seguirá conociendo del proceso.”

⁸ Folio 4 *ídem*.

⁹ Fls. 55 a 57 del cuaderno del recurso, presentado el 2 de julio de 2015.

procede recurso de apelación; y ii) falta de fundamento del recurso por control de constitucionalidad hecho por el *ad quem* por vía de excepción, pues CASUR reconoció la asignación de retiro al actor bajo el rigor de las normas vigentes para la fecha en que adquirió el derecho y en aras de evitar la pérdida del valor adquisitivo de la mesada, efectúa el reajuste anual de acuerdo con los decretos expedidos por el Gobierno Nacional.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

2.1. Competencia

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 249 de la Ley 1437 de 2011¹⁰, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo es la competente para conocer en única instancia de los recursos extraordinarios de revisión y en tratándose de aquéllos interpuestos contra las sentencias ejecutoriadas proferidas por los Tribunales Administrativos, el inciso segundo de la norma en cita, la atribuyó a las secciones y subsecciones del Consejo de Estado, según la materia.

En este caso atendiendo el criterio de especialización laboral, debido a que la providencia recurrida se originó a partir de una acción de nulidad y restablecimiento del derecho cuya controversia se relacionó con el reajuste de la asignación de retiro con la inclusión del porcentaje de “*prima de actividad*” respecto del personal agente de la Policía Nacional, le corresponde su conocimiento 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 2º, artículo 13 del Acuerdo 28 de 1999¹¹, modificado por el artículo 1º del Acuerdo No. 55 de 2003¹².

¹⁰ “Artículo 249. Competencia.

(...) De los recursos de revisión contra las sentencias ejecutoriadas proferidas por los Tribunales Administrativos conocerán las secciones y subsecciones del Consejo de Estado según la materia.”

¹¹ Por el cual “La Sala Plena del Consejo de Estado, en ejercicio de la facultad que le atribuye el artículo 237, numeral 6º de la Constitución Política y de conformidad con lo aprobado en la sentencia de febrero 16 del año en curso; ACUERDA, La Corporación se regirá por el siguiente reglamento: (...)”.

¹² “Por medio del cual se modifica el reglamento del Consejo de Estado”

Artículo 1. Distribución de negocios entre las secciones. El artículo 13 del Acuerdo No. 58 de 1999, por el cual se expidió el reglamento del Consejo de Estado, quedará así:

Artículo 13.- Distribución de los negocios entre las secciones. Para efectos de repartimiento, los negocios de que conoce la Sala de lo Contencioso Administrativo se distribuirán entre sus secciones atendiendo un criterio de especialización y de volumen de trabajo, así:

(...)

Sección Segunda:

(...)

2.- Los procesos de nulidad y restablecimiento del derecho de carácter laboral no provenientes de un contrato de trabajo.”

Establecido lo anterior, es necesario precisar que el presente mecanismo judicial analizará bajo los presupuestos del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo - Ley 1437 de 2011, toda vez que se interpuso en vigencia del mismo¹³.

2.2. Problema jurídico

En el presente asunto, la Sala determinará si en la sentencia proferida el 19 de febrero de 2013 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección E, Sala de Descongestión, se configura la causal de revisión prevista en el numeral 5° del artículo 250 de la Ley 1437 de 2011, bajo el cargo de que la providencia que resolvió la *litis* dentro del proceso ordinario deberá invalidarse, al ser proferida por un órgano judicial que carecía de competencia por el factor funcional, en tanto resolvió el recurso de apelación interpuesto por la entidad demandada que adolece de incongruencia frente a los supuestos fácticos y jurídicos señalados en la demanda y analizados en la sentencia de primera instancia.

Para resolver el problema jurídico planteado, la Sala abordará el análisis de los siguientes aspectos: (i) de la causal invocada; (ii) el principio de congruencia; y (iii) análisis del caso concreto.

2.3. Causal de revisión invocada

El artículo 250 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en su numeral 5° dispuso como causal de revisión, la existencia de una nulidad en la sentencia que culmina de forma definitiva el proceso y contra la que no procede el recurso de apelación.

Esta causal exige para su prosperidad la revisión de dos presupuestos, así: i) el de carácter objetivo, que consiste en verificar que contra el fallo objeto de recurso de revisión no procede el de alzada; y ii) el subjetivo, en el sentido de establecer que la nulidad invocada tuvo origen en la sentencia que finalizó el litigio.

¹³ Artículo 308.

Ahora bien, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de esta Corporación ha señalado que para que se configure la nulidad de la sentencia, es necesario que el vicio alegado se estructure en el momento procesal en que se profiere la sentencia y se fundamente un desconocimiento grave e insaneable de alguna ritualidad propia de esa actuación¹⁴.

En ese orden de ideas, no es posible alegar como fundamento del recurso, alguna causal de nulidad acaecida en una etapa previa a la sentencia, toda vez que *“la proposición de las nulidades procesales se encuentra sometida a las reglas de oportunidad y legitimación previstas en el artículo 142 del Código de Procedimiento Civil, hoy artículo 134 del Código General del Proceso, sin perjuicio del deber que el artículo 145 ibídem, impone al juez de declarar de oficio las nulidades insaneables que observe antes de dictar sentencia”*¹⁵.

En relación con las irregularidades sustanciales que pueda contener la sentencia y que conlleve a considerar nulos sus efectos, ha sido amplia la discusión que a nivel jurisprudencial ha tenido la Corporación, en razón a que la redacción de la norma otorgó un extenso margen de interpretación por lo que recayó en el operador judicial establecer el alcance de la causal 5° del artículo 250 de la Ley 1437 de 2011.

Ahora bien, esta Corporación ha establecido la posibilidad de analizar la procedencia de otras nulidades en el recurso extraordinario de revisión que devienen de una fuente constitucional. Al respecto explicó que:

“Igualmente, junto a este criterio, se ha aceptado que pueden existir otros motivos no contemplados en los códigos procesales como causales de nulidad, pero que surgen de la vulneración del artículo 29 constitucional. Es decir, que la violación al debido proceso constitucional en la sentencia es causal de revisión. En este último evento, corresponderá al juez determinar si el hecho que se dice contrario a este derecho puede dar origen a la configuración de la causal de revisión en comento.

Así lo entendió una de las Salas Especiales de Decisión al indicar “... las causales de nulidad de la sentencia son las previstas en el estatuto procesal civil, en las condiciones que establece el art. 142 del mismo y

¹⁴ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de 7 de mayo de 2013. Rad. 2010-00038-00 (REV).

¹⁵ Consejo de Estado. Sala Trece Especial de Decisión. Sentencia de 7 de abril de 2015. Rad. 11001-03-15-000-2013-02724-00 (REV).

las que se originen en la sentencia por violación del debido proceso constitucional, contemplado en el artículo 29.”¹⁶”

Sobre la nulidad derivada del desconocimiento del artículo 29 constitucional, indicó que no puede considerarse como una creación del juez sino como una garantía que propende porque la decisión en revisión no contenga vicios que afecten derechos de raigambre constitucional, sin que ello signifique que su sola afirmación invalida la decisión judicial, la que por principio se estima adecuada al procedimiento legal.

Desde el punto de vista legal, la Sala 26 Especial de Revisión¹⁷, analizó las tres corrientes expuestas por la jurisprudencia de la Corporación encaminadas a explicar el alcance de la causal de nulidad de la sentencia. Al respecto explicó que, en un primer momento se defendió la tesis relativa a que las razones de nulidad de la sentencia debían definirse por el juez; el segundo criterio, propugnó por tener en cuenta únicamente las causales de nulidad de la sentencia consagradas en el artículo 140 del Código de Procedimiento Civil. y; la tercera vertiente, avaló que las causales de nulidad de la sentencia provinieran de la combinación de los dos criterios anteriores.

La Corporación adoptó la segunda postura o corriente como fuente del estudio jurisprudencial de la causal 5° de revisión aludida¹⁸, es decir, dirigió el análisis del caso a las causales de nulidad previstas actualmente en el artículo 133 del Código General del Proceso, siempre que ella pueda predicarse exclusivamente, de la sentencia cuya revisión se solicita. Al abordar el análisis de cada uno de los presupuestos establecidos en el artículo 140 del C.P.C., para fijar las razones que podían dar lugar a que se declara la causal de revisión mencionada, el órgano de cierre de la jurisdicción contencioso administrativa, señaló:

“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

¹⁶ Consejo de Estado. Sala Especial No. 26. Expediente Radicación: 11001-03-15-000-2011-01639-00 Demandante: Vehivalle S.A. Referencia: Recurso extraordinario de revisión. Consejera Ponente, doctora Olga Mérida Valle de de la Hoz. En dicha sala, se aprobaron otras dos decisiones en igual sentido. Radicación: 11001-03-15-000-1998-00157-01 (Rev. 157). Demandante: Sociedad de Mejoras Públicas de Cali.

¹⁷ Consejo de Estado. Sala Especial No. 26. Expediente Radicación: 11001-03-15-000-2011-01639-00 Demandante: Vehivalle S.A. Referencia: Recurso extraordinario de revisión. Consejera Ponente, doctora Olga Mérida Valle de de la Hoz.

¹⁸ Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de mayo 7 de 2013. Radicado: 2010-00038-00(REV). M.P. Mauricio Torres Cuervo.

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. ¹⁹

En igual sentido, en una sentencia reciente que resolvió un recurso extraordinario de revisión²⁰, se indicó:

“... la nulidad que tiene origen en la sentencia puede ocurrir, en conformidad con la disposición referida - se hace alusión al artículo 140 del C. de P.C.-, cuando se provee sobre aspectos para los que no tiene el juez jurisdicción o competencia (numerales 1 y 2); cuando, sin ninguna otra actuación, se dicta nueva sentencia en proceso terminado normalmente por sentencia firme, o sin más actuación se dicta sentencia después de ejecutoriado el auto por el cual hubiera sido aceptado el desistimiento, aprobada la transacción o declarada la perención del proceso, porque así se revive un proceso legalmente concluido, o cuando se dicta sentencia como única actuación, sin el previo trámite correspondiente, porque así se pretermite íntegramente la instancia; o cuando se condena al demandado por cantidad superior o por objeto distinto del pretendido en la demanda o por causa diferente de la invocada en ésta, o se condena a quien no ha sido parte en el proceso, porque con ello, en lo concerniente, también se pretermite íntegramente la instancia (numeral 3); o 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 (numeral 5), entre otros eventos.”²¹

¹⁹ Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. sentencia de 25 de noviembre de 2008. Radicación número 110010315000200300135-01. Recurso Extraordinario Especial de Revisión de Pérdida de Investidura. C.P. Bertha Lucía Ramírez de Páez.

²⁰ Radicación número: 11001-03-15-000-2015-02342-00(REV), de 2 de febrero de 2016, Actor: Luis Angel Torres Gómez, M.P. Alberto Yepes Barreiro.

²¹ CONSEJO DE ESTADO. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 11 de mayo de 1998. Expediente: REV-93. Actor: Gabriel Mejía Vélez. C.P.: Dr. Mario Alario Méndez.

En tal virtud, cuando se invoca la causal de nulidad de la sentencia que pone fin al proceso, debe demostrarse que la misma recae en alguno de los supuestos antes relacionados, pues de otra forma se desnaturalizaría la esencia del recurso de revisión al convertirlo en una instancia adicional en la que se cumplan procedimientos que debieron agotarse en el trámite ordinario conforme a los mecanismos previstos en las normas procesales aplicables.

2.4. El principio de congruencia.

La congruencia es un principio general del derecho procesal, entendido como un criterio de forzoso acatamiento que tiene relación directa con los derechos al debido proceso, defensa y acceso a la administración de justicia, en la medida en que debe existir una decisión armónica entre los hechos, las pretensiones y la decisión judicial.

Ahora bien, en este punto la Sala considera oportuno señalar que la congruencia es uno de los elementos constitutivos del derecho fundamental al debido proceso previsto en el artículo 29 de la Constitución Política y una manifestación del derecho de contradicción y defensa de las partes²², de manera que la incongruencia de la decisión judicial puede generar inclusive, la invalidez de la decisión judicial.

En tratándose del recurso de apelación, definido como un medio de impugnación de las decisiones judiciales de primer grado, si bien el artículo 247 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo²³ establece la oportunidad y la autoridad ante la cual deberá interponerse y sustentarse, su finalidad, que en virtud del principio de integración normativa²⁴ remite al Código de Procedimiento Civil, ahora Código General del Proceso²⁵, está descrita en el

²² Corte Constitucional. Sentencia T-714 de 2013.

²³ “ARTÍCULO 247. TRÁMITE DEL RECURSO DE APELACIÓN CONTRA SENTENCIAS. El recurso de apelación contra las sentencias proferidas en primera instancia se tramitará de acuerdo con el siguiente procedimiento:

1. El recurso deberá interponerse y sustentarse ante la autoridad que profirió la providencia, dentro de los diez (10) días siguientes a su notificación.

2. Si el recurso fue sustentado oportunamente y reúne los demás requisitos legales, se concederá mediante auto en el que se dispondrá remitir el expediente al superior, quien decidirá de plano si no se hubiese pedido la práctica de pruebas. Si las partes pidieron pruebas, el superior decidirá si se decretan según lo previsto en este Código.

(...)”

²⁴ “ARTÍCULO 306. ASPECTOS NO REGULADOS. En los aspectos no contemplados en este Código se seguirá el Código de Procedimiento Civil en lo que sea compatible con la naturaleza de los procesos y actuaciones que correspondan a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.”

²⁵ A partir de la entrada en vigencia del Código General del Proceso – *Ley 1564 de 2012*, esto es, el 1^a de enero de 2014, en los eventos de remisión al Código de Procedimiento Civil, se tiene que las normas

artículo 320, en los siguientes términos:

“Artículo 320. Fines de la apelación. El recurso de apelación tiene por objeto que el superior examine la cuestión decidida, únicamente en relación con los reparos concretos formulados por el apelante, para que el superior revoque o reforme la decisión.”

A partir de esta disposición normativa, se establece que como lo ha sostenido esta Corporación en otras oportunidades²⁶, la apelación es la herramienta procesal que tienen las partes para controvertir la cuestión decidida, a través de la formulación de cargos respecto de su contenido, para que el superior la revoque o reforme, y que a su vez materializan el mandato constitucional de la doble instancia²⁷.

De igual modo, el artículo 328 del estatuto procesal delimita la competencia del superior, al establecer que el juez de segunda instancia deberá pronunciarse solamente sobre los argumentos expuestos por el apelante, sin perjuicio de las decisiones que deba adoptar de oficio y en los eventos en que ambas partes hayan apelado toda la sentencia o la que no apeló hubiere adherido al recurso, está facultado para resolver sin limitaciones.

Hechas las anteriores precisiones acerca del principio de congruencia entre lo pedido en la demanda, lo resuelto en el problema jurídico y en el evento de la apelación, en relación con los cargos formulados que demarcan la competencia del superior jerárquico, la Sala analizará si la entidad demandada incurrió en el error a que se refiere el recurrente en el presente mecanismo judicial, de manera que vicie el fallo objeto del recurso de revisión de nulidad y en consecuencia, deba invalidarse de conformidad con el inciso primero del artículo 138 del Código General del Proceso, pues si bien la parte actora invoca el Código de Procedimiento Civil, debido a su derogatoria y en atención al criterio unificador de la Sala Plena de esta Corporación que estableció su vigencia a partir del 1º de enero de 2014²⁸. Dice la norma al tenor:

“Artículo 138. Efectos de la declaración de falta de jurisdicción o competencia y de la nulidad declarada. Cuando se declare la falta de jurisdicción, o la falta de competencia por el factor funcional o subjetivo, lo actuado conservará su validez y el proceso se enviará de inmediato al juez competente; **pero si se hubiere dictado sentencia, esta se invalidará.**

aplicables serán las dispuestas en la nueva legislación procesal en virtud de su derogatoria - Art. 626 literal c).

²⁶ Consejo de Estado. Sección Segunda. Sentencia de 26 de mayo de 2016. Rad. 0866-2015.

²⁷ “ARTÍCULO 31. Toda sentencia judicial podrá ser apelada o consultada, salvo las excepciones que consagre la ley.”

²⁸ Auto del 25 de junio de 2014, Exp. 2012-00395-01 (IJ), C.P. Enrique Gil Botero.

La nulidad solo comprenderá la actuación posterior al motivo que la produjo y que resulte afectada por este. Sin embargo, la prueba practicada dentro de dicha actuación conservará su validez y tendrá eficacia respecto de quienes tuvieron oportunidad de controvertirla, y se mantendrán las medidas cautelares practicadas.

El auto que declare una nulidad indicará la actuación que debe renovarse.”
(Negrillas y subrayas fuera del texto original).

En suma, el legislador previó que cuando el juez se percate de falta de jurisdicción o competencia por factor ya sea funcional o subjetivo, debe enviar el proceso al juez competente sin que dicha declaración implique nulidad de lo actuado, a menos que se haya dictado sentencia en cuyo caso deberá invalidarse por encontrarse afectada de nulidad.

2.5. Análisis del caso concreto.

En el *sub lite*, como se expuso *ab initio* de estas consideraciones la causal invocada es la consagrada en el numeral 5º del 250 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, que dispone: “Existir nulidad originada en la sentencia que puso fin al proceso y contra la que no procede recurso de apelación”.

En el caso concreto, el fallo de 19 de febrero de 2013 proferido por la Sección Segunda, Subsección E, Sala de Descongestión del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, resolvió el recurso de apelación interpuesto por la entidad demandada y la adhesión que al mismo formuló el demandante, contra la decisión del Juzgado 27 Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá, lo que indica 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, el elemento subjetivo, 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* carecía de competencia por el factor funcional, en tanto el recurso de alzada interpuesto por CASUR adolece de incongruencia. En ese orden de ideas, se analizará lo pretendido por el actor frente a lo resuelto por el *a quo* y los cargos formulados en la apelación por la entidad pública demandada, así como la adhesión de la parte demandante, así:

Como viene expuesto, el señor Abraham Tenza Rodríguez, a través de mandatario judicial solicitó la declaratoria de la omisión legislativa relativa en relación con los artículos 2º y 4º del Decreto 2863 de 2007, por no incluir al personal de Agentes de la Policía Nacional y la consecuente anulación del Oficio 6823 de 10 de octubre de 2011, mediante el cual se le negó al actor el reajuste de su asignación de retiro con la inclusión de la totalidad de la prima de actividad²⁹.

Al efecto, señaló como fundamentos fácticos que prestó sus servicios como Agente y al cumplir los requisitos legales, se le reconoció la asignación de retiro a partir del 14 de junio de 1996, en cuya liquidación solo se tuvo en cuenta el 20% del porcentaje del factor salarial aludido.

Invocó como normas desconocidas los artículos 1, 4, 13, 23, 25, 29, 48, 53, 189-11, 216 y 230 de la Constitución Política; 2, 4, 10 y 13 de la Ley 4ª de 1992; Ley 923 de 2004; 30 del Decreto 1213 de 1990; Decreto 1515 de 2007; 2º y 4º del Decreto 2863 de 2007; y demás disposiciones que establecen el régimen prestacional de la Fuerza Pública. Acusó el acto administrativo de haberse expedido con infracción de las normas enunciadas y adujo que se configuró la omisión legislativa relativa al no incluir al personal agente de la institución policial como beneficiarios del incremento de la prima de actividad previsto en el Decreto 2863 de 2007.

El Juzgado 27 Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá, mediante sentencia de 11 de mayo de 2012³⁰, definió como problema jurídico, “(...) si los Agentes retirados de la Policía Nacional o sus beneficiarios, tienen derecho al reajuste del factor prima de actividad en su asignación de retiro en los términos de la disposición en cita” y una vez analizado el régimen salarial de la Fuerza Pública, consideró que existió una discriminación respecto de los demás miembros de las

²⁹ Folios 12 a 29 del proceso de origen.

³⁰ Folios 69 a 73 del mismo cuaderno.

FF. MM.; no obstante, aludió su falta de competencia para la aplicación de la omisión legislativa relativa, por ser atribuida de manera excluyente a la Corte Constitucional a través de la acción pública de inconstitucionalidad. En consonancia con lo anterior, declaró la nulidad del acto administrativo acusado y condenó a CASUR al reajuste pretendido a partir del 1º de julio de 2007, con efectos fiscales desde el 15 de julio de 2008, por prescripción trienal, en virtud de lo dispuesto en el artículo 43 del Decreto 4433 de 2004³¹.

La entidad demandada interpuso recurso de apelación contra la anterior decisión³², al considerar que desconoció el principio de irretroactividad de la ley al conceder un reajuste a quien le fue definida su situación jurídica con base en la disposiciones vigentes a la fecha en que se consolidó su derecho, por lo que no le era aplicable el Decreto 4433 de 2004, artículos 23 y 24, que establecen dentro de las partidas computables de la asignación de retiro, la prima de actividad y los respectivos incrementos anuales, comoquiera que para la entrada en vigencia de dicha norma, ya se encontraba separado del servicio.

Por su parte, en la audiencia pública de conciliación de que trata el artículo 70 de la Ley 1395 de 2010, celebrada por el *a quo* el 16 de julio de 2012³³, el apoderado judicial del demandante manifestó su adhesión al recurso de apelación interpuesto en cuanto a la declaratoria de prescripción y reiteró los argumentos señalados en la demanda.

En ese escenario, se tiene que precisamente el recurso de apelación interpuesto por CASUR, se fundamentó en la irretroactividad de la ley, para señalar que su asignación de retiro se liquidó bajo el rigor de las normas vigentes para el momento en que se consolidó el derecho a la asignación de retiro, por lo que si bien el juez de primera instancia declaró su falta de competencia para pronunciarse frente a la solicitud de declaratoria de omisión legislativa relativa por la no inclusión del personal agente retirado de la Policía Nacional al incremento de la prima de actividad, manifestó que en el caso concreto no es aplicable el Decreto

³¹ "Por medio del cual se fija el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública.

ARTICULO 43. Prescripción. Las mesadas de la asignación de retiro y de las pensiones previstas en el presente decreto prescriben en tres (3) años contados a partir de la fecha en que se hicieron exigibles. El reclamo escrito recibido por la autoridad competente sobre un derecho, interrumpe la prescripción, por un lapso igual. Los recursos dejados de pagar como consecuencia de la prescripción de que trata el presente artículo, permanecerán en la correspondiente entidad pagadora y se destinarán específicamente al pago de asignaciones de retiro en las Cajas o de pensiones en el Ministerio de Defensa Nacional o en la Dirección General de la Policía Nacional, según el caso."

³² Folios 75 a 81 del proceso de origen.

³³ Según se observa en el Acta que obra a folios 91 a 100 del expediente.

4433 de 2004 que establece las partidas computables para la asignación de retiro, pensión de invalidez y la pensión de sobrevivencia de los Oficiales, Suboficiales y Agentes de la Policía Nacional, por lo que no más allá de un aserto contra los argumentos de la institución demandada, no se evidencia que la impugnación adolezca de incongruencia respecto de lo pretendido por el actor, así como la decisión proferida por el fallador de instancia.

Lo anterior, aunado a que precisamente el apoderado judicial manifestó su desacuerdo en relación con la aplicación del fenómeno extintivo previsto en el Decreto 4433 de 2004, por lo que es desacertado manifestar que la controversia únicamente se relaciona con el Decreto 2863 de 2007, sin que el *ad quem* pueda pronunciarse frente a los demás puntos de la *litis*.

En este punto, la Sala señala en gracia de discusión que la falta de congruencia del recurso de apelación interpuesto por una de las partes, no deviene en la nulidad de la sentencia proferida por el superior, como sí lo será aquella sentencia que desconozca el principio de congruencia por no guardar consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda y en las demás oportunidades consagradas en la ley³⁴.

Así las cosas, en el caso concreto, debido a que la parte actora pese a no apelar el fallo del *a quo*, ejerció la facultad prevista en el párrafo del artículo 322 del Código General del Proceso³⁵, es decir, se adhirió al recurso interpuesto por la entidad demandada en aquello que le fue desfavorable, esto es, la aplicación del término prescriptivo establecido en el artículo 43 del Decreto 4433 de 2004, el superior tenía competencia por mandato del artículo 328 del estatuto procesal general para resolver sin limitaciones al proferir la sentencia de segunda instancia.

En consecuencia, la Sala declarará infundado el recurso extraordinario especial de revisión propuesto por el señor Abraham Tenza Rodríguez contra la Caja de

³⁴ "CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO. ARTÍCULO 281. CONGRUENCIAS. La sentencia deberá estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda y en las demás oportunidades que este código contempla y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas si así lo exige la ley."

³⁵ "ARTÍCULO 322. OPORTUNIDAD Y REQUISITOS. El recurso de apelación se propondrá de acuerdo con las siguientes reglas:

(...)

PARÁGRAFO. La parte que no apeló podrá adherir al recurso interpuesto por otra de las partes, en lo que la providencia apelada le fuere desfavorable. El escrito de adhesión podrá presentarse ante el juez que lo profirió mientras el expediente se encuentre en su despacho, o ante el superior hasta el vencimiento del término de ejecutoria del auto que admite apelación de la sentencia. El escrito de adhesión deberá sujetarse a lo previsto en el numeral 3 de este artículo.

La adhesión quedará sin efecto si se produce el desistimiento del apelante principal."

Sueldos de Retiro de la Policía Judicial -CASUR, por cuanto los argumentos del recurrente tienden a reabrir un debate sobre un asunto que ya hizo tránsito a cosa juzgada, situación que según el criterio jurisprudencial de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de esta Corporación³⁶, contraviene la finalidad del legislador respecto del recurso extraordinario de revisión.

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 Abraham Tenza Rodríguez contra el fallo de 19 de febrero de 2013, proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección E, Sala de Descongestión, que revocó la decisión del Juzgado 27 Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá de 11 mayo de 2012, y en su lugar, negó las pretensiones de la demanda, dentro del proceso de radicación 2012-00019.

SEGUNDO. DEVUÉLVASE el expediente al Juzgado 27 Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá, con las constancias de rigor.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

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

SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ

CÉSAR PALOMINO CORTÉS

CARMELO PERDOMO CUÉTER

³⁶Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Providencia de 12 de agosto de 2014. Rad. 2013-02110-00. C.P.: Dra. Bertha Lucía Ramírez de Páez; Posición reiterada en decisión de 12 de mayo de 2015. Rad. 2012-02124-00. C.P.: Dr. Guillermo Vargas Ayala y por la Sala Veintiuno Especial de Decisión. Providencia de 3 de noviembre de 2015. Rad. 2014-01522. C.P.: Dr. Alberto Yepes Barreiro.

Relatoria: JORM/Lmr.