

**RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISION – Causal quinta / RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN – Marco normativo. Efectos / CAUSAL QUINTA – Nulidad originada en la sentencia / NULIDAD ORIGINADA EN LA SENTENCIA – Solicitud de prejudicialidad resuelta en la sentencia / PREJUDICIALIDAD – Solicitada en alegatos de conclusión / NULIDAD ORIGINADA EN LA SENTENCIA – No se configura**

La señora María Temilda Ávila de Bernal, como beneficiaria de la sustitución de la asignación de retiro que en vida gozó el señor JOSÉ DEL CARMEN BERNAL MORENO estima que en el presente asunto se configura la causal consagrada en el numeral 5 del artículo 250 del cpaca, pues en su entender, la sentencia de 15 de mayo de 2014, contra la que no procede recurso de apelación, adolece de nulidad. Lo anterior, habida cuenta de que la solicitud de suspensión del proceso por prejudicialidad formulada ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en los alegatos de conclusión de segunda instancia, fue negada dentro de la sentencia que puso fin a la controversia con lo que, a su parecer, se le quebrantó el debido proceso. En este contexto, para que la solicitud de suspensión del proceso por prejudicialidad se resolviera de la forma alegada por el apoderado de la parte demandante, esto es, a la luz de los artículos 170 y 171 del cpc, dicha petición debía formularse en sede de primera instancia, de manera que tuviera la oportunidad de recurrir el auto que la decidiera. Sin embargo, como quiera que la misma se formuló en los alegatos de conclusión presentados en la segunda instancia, que cursó en el tribunal, no era plausible que la decisión que se adoptara pudiera ser controvertida por el superior funcional, al ser esa la instancia definitiva del proceso. Por tanto, en criterio de la Sala, no se configura la causal de nulidad endilgada a la sentencia de 15 de mayo de 2014, proferida por el tribunal pues no se halla demostrado el desconocimiento de las ritualidades propias del proceso que implique la anulación de la mencionada decisión

**FUENTE FORMAL:** LEY 1734 DE 2011 - ARTÍCULO 250 / CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTÍCULO 170 / CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTÍCULO 171

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCIÓN SEGUNDA**

**SUBSECCIÓN A**

**Consejero ponente: GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ**

Bogotá, D.C., primero (1) de febrero de dos mil dieciocho (2018)

**Radicación número: 11001-03-25-000-2015-00394-00(0893-15)**

**Actor: JOSÉ DEL CARMEN BERNAL MORENO**

**Demandado: CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE LA POLICÍA NACIONAL (CASUR)**

## **Recurso extraordinario de revisión**

SO. 0006

Decide la Sala el recurso extraordinario de revisión interpuesto por la señora MARÍA TEMILDA ÁVILA DE BERNAL, en su calidad de beneficiaria de la sustitución de la asignación de retiro que en vida devengó el señor JOSÉ DEL CARMEN BERNAL MORENO, contra la sentencia de 15 de mayo de 2014, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección D.

### **ANTECEDENTES**

Por intermedio de apoderado judicial y en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento, el señor JOSÉ DEL CARMEN BERNAL MORENO solicitó inaplicar por inconstitucional el artículo 2 del Decreto 2863 de 2007, y en consecuencia anular el Oficio 7920 de 1 de diciembre de 2011, mediante el cual la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional (CASUR) le negó el aumento de la prima de actividad y la reliquidación de la asignación de retiro con base en dicho aumento, en su calidad de agente retirado de dicha Institución.

El Juzgado 16 Administrativo de Bogotá, mediante sentencia de 28 de noviembre de 2013, negó las pretensiones de la demanda, al considerar que el Decreto 2863 de 2007, no incluyó a los agentes activos ni retirados de la Policía Nacional en el beneficio del incremento de la asignación de retiro con base en el reajuste de la prima de actividad, pues solo se refirió a los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares y de Policía, de lo que no evidenció una vulneración del derecho a la igualdad, toda vez que los agentes y los oficiales y suboficiales no se encuentran en el mismo rango, jerarquía, grados, responsabilidades ni están gobernados por la misma normatividad.

### **SENTENCIA OBJETO DE REVISIÓN**

Al ser desatado el recurso de apelación contra dicha decisión, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección D, en sentencia

de 15 de mayo de 2014, confirmó lo resuelto por el *a quo*.

Al efecto indicó que dicha Corporación venía inaplicando por inconstitucional el artículo 2 del Decreto 2863 de 2007, al considerar que la exclusión de los agentes del beneficio contemplado en el mismo era una medida i) inadecuada, por no consultar ningún fin constitucionalmente válido que permitiera mantener el trato diferenciado; ii) innecesaria, por cuanto no materializaba ningún valor o principio constitucional que permitiera admitir dicha medida; y iii) desproporcionada, debido a que sacrificaba cánones relevantes como el principio de igualdad.

Pero, debía rectificar dicha postura, en consideración a la expedición de la sentencia de 27 de marzo de 2014<sup>1</sup>, a través de la cual la Sección Segunda del Consejo de Estado, con ponencia del magistrado Gerardo Arenas Monsalve, consideró que aunque los agentes de la Policía Nacional se encuentran cobijados dentro del mismo marco constitucional de las Fuerzas Militares contemplado en el artículo 216 de la Constitución Política, y por tanto se positioning en un mismo plano por pertenecer ambas instituciones al conglomerado denominado «Fuerza Pública», dicha igualdad es apenas aparente, pues al interior de esta existen diferentes jerarquías o categorizaciones que facultan al legislador extraordinario a crear privilegios en beneficio de cierto grupo determinado, en razón a la función desempeñada y a las responsabilidades otorgadas por la ley.

Finalmente, en cuanto a la solicitud de suspensión del proceso por prejudicialidad formulada por el demandante en los alegatos de conclusión, advirtió que si bien, el proceso de nulidad contra el artículo 2 del Decreto 2863 de 2007, identificado con radicado 11001032500020100013600, entró para fallo desde el 18 de junio de 2011, dicha razón no era suficiente para suspender el proceso, en tanto que el juez de instancia se encuentra habilitado para inaplicar las normas que sean contrarias a la Constitución en un juicio de constitucionalidad por vía de excepción, y en ese sentido, la sentencia que se dictara en el asunto de la referencia del señor BERNAL MORENO no dependía del resultado del proceso de nulidad antes mencionado.

## **DEL RECURSO DE REVISIÓN**

La señora María Temilda Ávila de Bernal, como beneficiaria de la sustitución de la

---

<sup>1</sup> Radicado 2009-00029, demandante: CARLOS ARTURO ARZUAGA GUERRERO.

asignación de retiro del señor José del Carmen Bernal Moreno, por conducto de apoderado, solicitó la nulidad del fallo del tribunal del 15 de mayo de 2014, y que en consecuencia, se decrete la suspensión del proceso por prejudicialidad hasta que el Consejo de Estado se pronuncie sobre la nulidad del artículo 2 del Decreto 2863 de 2007, tal como se solicitó en los alegatos de conclusión de la segunda instancia, de conformidad con el numeral 2 del artículo 170 del CPC y sobre la cual el tribunal en su sentencia se pronunció, de manera irregular, con lo que generó una nulidad insaneable conforme al numeral 5 del artículo 140 del CPC.

Invocó entonces la causal 5 del artículo 250 del CPACA, que reza «existir nulidad originada en la sentencia que puso fin al proceso y contra la que no procede recurso de apelación», porque en su entender, el tribunal quebrantó los artículos 29, 228 y 230 de la Constitución, las Leyes 4 de 1992 y 923 de 2004, y los artículos 170 y 171 del C.P.C., pues pese a estar probados los elementos para decretar la suspensión prejudicial del proceso, decidió dictar la sentencia y negar la prejudicialidad.

### **CONTESTACIÓN AL RECURSO**

CASUR, por conducto de apoderada, se opuso a las pretensiones del recurso argumentando que mediante Resolución 3002 de 8 de junio de 1983, le reconoció asignación del retiro al señor José del Carmen Bernal Moreno en cuantía del 85 %, de conformidad con el Decreto 609 de 1977.

Propuso como excepciones de fondo, la inexistencia de nulidad originada en la sentencia que puso fin al proceso y falta de fundamento del recurso extraordinario por control de constitucionalidad hecho por el *ad quem* por vía de excepción, aduciendo que el fallador de segunda instancia no tenía que esperar a que el Consejo de Estado dictara sentencia en el proceso de nulidad por inconstitucionalidad, puesto que a folio 11 del fallo y por vía de excepción, hizo el estudio correspondiente, arribando a la decisión de confirmar lo resuelto por el *a quo*.

### **CONSIDERACIONES**

#### **Competencia**

El recurso extraordinario de revisión contra las sentencias proferidas por la jurisdicción de lo contencioso administrativo, fue establecido en el Decreto 01 de 1984, modificado por la Ley 446 de 1998 y actualmente se rige por lo dispuesto en la Ley 1437 de 2011.

Precisamente, en el artículo 249 del CPACA se estableció que cuando se trate de sentencias proferidas por los Tribunales Administrativos, conocerán las secciones y subsecciones del Consejo de Estado según la materia.

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

### **Problema jurídico**

Se contrae a determinar si es preciso dejar sin efecto la sentencia de 15 de mayo de 2014 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección D, que cursó bajo el radicado 2013-00052.

Para ese fin, esta Sala de Subsección deberá determinar si en el caso concreto existió una nulidad originada en la sentencia que puso fin al proceso y contra la que no procede recurso de apelación, en los términos del numeral 5 del artículo 250 del CPACA.

### **Sobre el recurso extraordinario de revisión**

El recurso extraordinario de revisión se consagró como excepción al principio de inmutabilidad de las sentencias que hacen tránsito a cosa juzgada material, y que permite controvertir un fallo ejecutoriado, cuando se configure alguna de las causales establecidas en el artículo 250 del CPACA, que en esencia corresponden a las contenidas en el artículo 188 del Código Contencioso Administrativo, con el único fin de que se produzca una decisión ajustada a la ley.

Este recurso constituye una verdadera acción impugnatoria con efectos rescisorios y se dirige a reexaminar circunstancias fácticas o probatorias que ameritan que se adopte una nueva decisión, contraria a aquella, objeto de revisión.

Para que prospere se requiere como antecedente, una sentencia ejecutoriada, bien sea de los Tribunales Administrativos o del Consejo de Estado, en única, primera o segunda instancia, creadora de la cosa juzgada material, la cual, una vez censurada, solo puede ser desconocida luego de la comprobación de una de las causales contenidas en el artículo 250 CPACA y con la concurrente y necesaria definición de que el fallo reprochado es erróneo o injusto por esa causa, es decir, que hay lugar a otra decisión distinta.

La Corte Suprema de Justicia, que también conoce del mismo recurso dentro de su ámbito de competencia, ha precisado la naturaleza y fines de este medio impugnatorio, respecto de lo cual ha destacado lo siguiente:

«[...]no franquea la puerta para tornar al replanteamiento de temas ya litigados y decididos en proceso anterior, ni es la vía normal para corregir los yerros jurídicos o probatorios que hayan cometido las partes en litigio precedente, ni es camino para mejorar la prueba mal aducida o dejada de aportar, ni sirve para encontrar una nueva oportunidad para proponer excepciones o para alegar hechos no expuestos en la causa petendi. Como ya se dijo por la Corte, el recurso de revisión no se instituyó para que los litigantes vencidos remedien los errores cometidos en el proceso en el que se dictó la sentencia que se impugna. El recurso de revisión tiende derechamente a la entronización de la garantía de la justicia, al derecho de defensa claramente conculcado y al imperio de la cosa juzgada material [...]»<sup>2</sup>.

A esta altura, es pertinente aclarar que la cosa juzgada es uno de los principios esenciales del proceso, pues en virtud de ella se impide que un debate judicial se prolongue de tal modo que por su indeterminación llegue hasta negar la seguridad que el ordenamiento jurídico debe proveer, poniendo fin a la incertidumbre que sobre los derechos exista, cuando estos han sido puestos en peligro.

Así las cosas, ha de entenderse que el referido recurso tiene una naturaleza netamente excepcional, hecho por el cual el legislador al momento de su creación previó que para su admisión, trámite y posterior resolución, era necesario acreditar la estricta, rigurosa y ajustada configuración de las causales que expresamente se consagraron como fundamento del mismo, con el fin de limitar el alcance de dicha figura, para así de forma paralela prever la protección del ya antedicho principio de la cosa juzgada.

En este orden de ideas, se reitera que tal medio de impugnación no constituye una

---

<sup>2</sup> Sala de Casación Civil y Agraria, sentencia de 3 de septiembre de 1996, exp. 5231.

tercera instancia dentro del proceso, en la que se puede intentar una nueva valoración de la prueba o provocar una interpretación adicional de las normas aplicables al caso. Por el contrario, los errores de apreciación probatoria en que haya podido incurrir el tribunal, son extraños al recurso de revisión, pues este no es una instancia adicional en la que pueda replantearse el litigio.

Lo anterior tiene fundamento en la necesidad de evitar que el vencido en un proceso pueda a su capricho reanudar el debate concluido, so pretexto de volver la mirada a la prueba para pretender que se haga un nuevo y supuesto mejor juicio respecto de ella, o para reclamar una más aguda interpretación de la ley.

### **Análisis de la causal de revisión invocada por la parte demandante**

Como quedó visto de los antecedentes descritos, la señora María Temilda Ávila de Bernal, como beneficiaria de la sustitución de la asignación de retiro que en vida gozó el señor JOSÉ DEL CARMEN BERNAL MORENO estima que en el presente asunto se configura la causal consagrada en el numeral 5 del artículo 250 del CPACA, pues en su entender, la sentencia de 15 de mayo de 2014, contra la que no procede recurso de apelación, adolece de nulidad.

Lo anterior, habida cuenta de que la solicitud de suspensión del proceso por prejudicialidad formulada ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en los alegatos de conclusión de segunda instancia, fue negada dentro de la sentencia que puso fin a la controversia con lo que, a su parecer, se le quebrantó el debido proceso.

Ahora bien, el numeral 5 del artículo 250 del CPACA dispone que el recurso extraordinario de revisión procede, entre otras, cuando exista «nulidad originada en la sentencia que puso fin al proceso y contra la que no procede recurso de apelación».

Como lo ha explicado esta Sección en diversas oportunidades<sup>3</sup>, esta 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.

---

<sup>3</sup> Ver, entre otras, la sentencia de 28 de septiembre de 2016, radicación 2015-00238-00 (452-15), consejera ponente SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ.

En el presente asunto, se encuentra acreditado el presupuesto objetivo, en razón a que la sentencia de 15 de mayo de 2014, se dictó por parte del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección D en sede de apelación.

Ahora bien, frente al presupuesto subjetivo exigido por la norma, la recurrente argumenta que la sentencia adolece de nulidad, toda vez que pese a que dentro de los alegatos de conclusión presentados en segunda instancia se solicitó la suspensión del proceso por prejudicialidad, al tenor de lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 170 del CPC, dicha petición fue negada dentro de la misma sentencia, lo que originó una nulidad insaneable del proceso, de acuerdo con el numeral 5 del artículo 140 *ibidem*.

En ese contexto, se tiene que el artículo 170, numeral 2 del CPC, señala que la suspensión del proceso procede, entre otros, «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».

A su turno, el artículo 171 *ibidem* señala que el auto que decrete la suspensión es apelable en el efecto suspensivo y el que la niegue en el efecto devolutivo, lo que implica que, aunque dicha decisión debe adoptarse cuando el proceso esté en «estado de dictar sentencia», no debe ser en la misma sentencia, sino en un acto previo, de tal suerte que garantice el derecho de defensa de la contraparte a través de la presentación del respectivo recurso<sup>4</sup>.

No obstante lo anterior, ha reiterado esta Corporación 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. En efecto, consideró:

---

<sup>4</sup> Así lo sostuvo esta Subsección en sentencia del 28 de octubre de 2010, expediente 2004-00658-01, Consejera Ponente Bertha Lucía Ramírez de Páez.

«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. (...)»<sup>5</sup>.

En este contexto, para que la solicitud de suspensión del proceso por prejudicialidad se resolviera de la forma alegada por el apoderado de la parte demandante, esto es, a la luz de los artículos 170 y 171 del CPC, dicha petición debía formularse en sede de primera instancia, de manera que tuviera la oportunidad de recurrir el auto que la decidiera.

Sin embargo, como quiera que la misma se formuló en los alegatos de conclusión presentados en la segunda instancia, que cursó en el tribunal, no era plausible que la decisión que se adoptara pudiera ser controvertida por el superior funcional, al ser esa la instancia definitiva del proceso.

Por tanto, en criterio de la Sala, no se configura la causal de nulidad endilgada a la

---

<sup>5</sup> Sentencias de 20 de octubre de 2014, radicación 2011-00562, magistrado ponente: ALFONSO VARGAS RINCÓN, y de 28 de septiembre de 2016, 2015-00238-00 (452-15), con magistrada ponente: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ.

sentencia de 15 de mayo de 2014, proferida por el tribunal pues 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.

Además, la negativa del tribunal en suspender el proceso obedeció a la autorización constitucional que tiene para inaplicar por excepción de inconstitucionalidad la norma que supuestamente infringe la norma Superior, con lo que consideró que no le era necesario aguardar a que se produjera fallo dentro de la acción de nulidad por inconstitucionalidad que cursa en la Sección Segunda del Consejo de Estado.

Además, como también lo consideró el entonces *ad quem*, dicha medida no habría tenido eficacia, si se tiene en cuenta que la Sección Segunda de esta Corporación, en sentencia de 27 de marzo de 2014, con ponencia del magistrado Gerardo Arenas Monsalve, negó la solicitud de nulidad propuesta respecto del artículo 2 del Decreto 2863 de 2007<sup>6</sup>, en los siguientes términos:

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

En este orden de ideas, se advierte que los argumentos expresados en el presente recurso se encaminan a reabrir un debate legalmente concluido, que goza del atributo de cosa juzgada, razón por la cual se declarará infundado.

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**

**DECLÁRASE INFUNDADO** el recurso extraordinario de revisión propuesto por la señora Maria Temilda Ávila de Bernal, contra la sentencia de 15 de mayo de 2014,

---

<sup>6</sup> Radicación 2009-00029-00, demandante: Carlos Arturo Arzuaga Guerrero.

proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección D, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia.

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de la fecha.

**GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ**

**RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS**

**WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ**