

Radicado: 11001-03-25-000-2015-01111 00 (5034-2015)
Demandante: Jesús Nicolás Gómez Olaya

**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN SEGUNDA**

CONSEJERO PONENTE: WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ

Bogotá, D. C., cuatro (04) de julio de dos mil diecinueve (2019)

Referencia: RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN
Radicado: 11001-03-25-000-2015-01111 00 (5034-2015)
Demandante: JESÚS NICOLÁS GÓMEZ OLAYA
Demandada: CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE LA POLICÍA NACIONAL, CASUR

Temas: Causal de revisión del artículo 250-5 de la Ley 1437 de 18 de enero de 2011¹. Suspensión del proceso. Prejudicialidad.

SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

O-124-2019

ASUNTO

La Sala conoce del recurso extraordinario de revisión interpuesto contra la sentencia de 9 de julio de 2015 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección A, dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por el señor Jesús Nicolás Gómez Olaya contra la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía, en adelante CASUR.

ANTECEDENTES

DEMANDA DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

El señor Jesús Nicolás Gómez Olaya, por intermedio de apoderado y en ejercicio del medio de control consagrado en el artículo 138 del CPACA, demandó la inaplicación por inconstitucionalidad de los artículos 2 y 4 del Decreto 2863 de 2007, en cuanto incurren en una «omisión legislativa» al no incluir al personal de agentes de la Policía Nacional como beneficiario del incremento porcentual que establecen tales normas. En consecuencia, solicitó

¹ Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en adelante CPACA.



Radicado: 11001-03-25-000-2015-01111 00 (5034-2015)
Demandante: Jesús Nicolás Gómez Olaya

se declare la nulidad del Oficio 3505 de 9 de julio de 2012, proferido por CASUR a través del cual se negó al demandante el reajuste de la asignación de retiro incluyendo el porcentaje que contempla el Decreto 2863 de 2007 en sus artículos 2 y 4.

A título de restablecimiento del derecho solicitó ordenar a CASUR (i) reliquidar y pagar con la debida indexación la pensión de que es titular teniendo en consideración el 45% de la partida computable «prima de actividad», (ii) dar cumplimiento a la sentencia en los términos de los artículos 187 y 192 del CPACA.

Como sustento fáctico de sus pretensiones, afirmó que estuvo vinculado a la Policía Nacional en condición de agente, calidad en la cual le resultaba aplicable el Decreto 1213 de 1990, que en su artículo 30 consagra el derecho a la prima mensual de actividad, equivalente al 30% del sueldo básico y que, por cada cinco años de servicio cumplido, aumenta en un 5%.

A continuación, explicó que el Decreto 2863 de 2007, artículo 2, incrementó en un 50% el porcentaje de la prima de actividad de la Policía Nacional y del personal civil del Ministerio de Defensa; que, en armonía con ello, el artículo 4 de la norma dispuso que los titulares de asignación de retiro, pensión de sobrevivientes o pensión de invalidez, obtenida antes del 1.º de julio de 2007, tendrían derecho a que se les ajuste dicha prestación en el mismo porcentaje en que se haya ajustado el del activo correspondiente, a raíz del aumento de la prima de actividad.

CASUR le reconoció al demandante la asignación de retiro a partir del 29 de junio de 2001, prestación que fue liquidada incluyendo el 20% de la prima de actividad pero que, a partir del 1.º de julio de 2007, en virtud del Decreto 2863 de 2007, ha debido reconocerse con base en el 45% de la citada prima.

Como normas transgredidas, aludió a 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; 2 y 4 del Decreto 2863 de 2007 y Decreto 1515 de 2007.

Al respecto, explicó que el hecho de que la negativa a la aplicación del Decreto 2863 de 2007 se basara en su condición de agente, implicaba pasar por alto el principio de la condición más beneficiosa que prevén tanto la Constitución Política como el Código Sustantivo del Trabajo. Señaló que el origen de dicha circunstancia es una omisión legislativa relativa que genera condiciones discriminatorias y que, por ende, debe corregirse por vía judicial. En armonía con ello, precisó que la Fuerza Pública era una unidad por lo que no resultaba ajustado desvertebrarla consagrando tratamientos disímiles entre sus miembros.



Radicado: 11001-03-25-000-2015-01111 Q0 (5034-2015)
Demandante: Jesús Nicolás Gómez Olaya

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA²

El Juzgado Séptimo Administrativo de Bogotá, Sección Segunda, dictó sentencia escrita el 30 de septiembre de 2014 en la que resolvió denegar las pretensiones de la demanda, decisión que adoptó con apoyo en las siguientes consideraciones.

Luego de explicar la figura de la excepción de inconstitucionalidad y los presupuestos para que opere, señaló que esta no tenía cabida en el *dossier* al no advertirse una contradicción clara y manifiesta de los artículos 2 y 4 del Decreto 2863 de 2007 con los preceptos constitucionales, puesto que aquellas disposiciones se expidieron en cumplimiento del artículo 150, numeral 19, literal e) de la norma superior en cuanto otorga al legislador la facultad de regular el régimen salarial y prestacional de los miembros de la Fuerza Pública.

Sumado a ello, señaló que el Consejo de Estado ya se había pronunciado en sentencia del 27 de marzo de 2014 en la que afirmó que la norma reglamentaria en cuestión no vulnera el derecho a la igualdad de los agentes de la Policía Nacional o ex servidores en tal condición.

En ese orden de ideas y ante la inexistencia de una sentencia de unificación en la materia, sostuvo que debía atenerse al contenido de la norma vigente y, en consecuencia, despachar desfavorablemente las súplicas del señor Jesús Nicolás Gómez Olaya.

RECURSO DE APELACIÓN³

Inconforme con la decisión, la parte demandante interpuso recurso de alzada reprochando el hecho de que, a su juicio, el *a quo* hubiese pasado por alto el contenido del artículo 1.º del Decreto 4433 de 2004, el cual, al aludir a los agentes de la Policía Nacional, le resulta aplicable.

Adicionalmente, indicó que la exclusión de los agentes del beneficio contemplado en el Decreto 2863 de 2007 no era acorde con los fines constitucionales. Por el contrario, afirmó, resultaba arbitraria, irracional y violatoria del principio de igualdad en los términos en que lo ha planteado la Corte Constitucional.

De otro lado, arguyó que la inexistencia de un pronunciamiento de unificación jurisprudencial en la materia no era excusa para negar el derecho deprecado y

² Folios 78 a 88.

³ Folios 93 a 103.



Radicado: 11001-03-25-000-2015-01111 00 (5034-2015)
Demandante: Jesús Nicolás Gómez Olaya

que, de cara a la excepción de inconstitucionalidad, la providencia apelada no efectuó un verdadero juicio de proporcionalidad.

SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA OBJETO DE REVISIÓN⁴

El 9 de julio de 2015, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección A, profirió decisión de segunda instancia, confirmando la sentencia apelada de conformidad con las consideraciones que siguen.

En primer lugar, repasó el contenido de los artículo 1 y 2 del Decreto 2863 de 2007 para concluir que el aumento de la prima de actividad en un 50% fue establecido respecto de los oficiales y suboficiales de la Policía Nacional, no para los agentes de esta institución, motivo por el cual el Tribunal no puede otorgar un derecho prestacional que no está consagrado en la ley, máxime si se tiene en cuenta que se trata de una materia eminentemente reglada y que el artículo 334 superior impone la obligación de proteger las finanzas del Estado.

En relación con el cargo de violación del derecho a la igualdad, precisó que, de conformidad con el artículo 53 superior, la remuneración vital y móvil debe ser proporcional a la cantidad y calidad del trabajo realizado, de manera que, entendiendo que se trata de instituciones jerarquizadas a través de rangos, funciones y responsabilidades diferentes, la norma admite una retribución laboral distinta.

Por último, estimó que no era viable la inaplicación de la mencionada norma reglamentaria a través de la excepción de inconstitucionalidad pues el Consejo de Estado, en sentencia del 27 de marzo de 2014, ya la había sometido a estudio, dejando incólume su legalidad.

RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN⁵

El demandante recurrió la sentencia de segunda instancia a través del recurso extraordinario de revisión, para lo cual invocó la causal consagrada en el artículo 250, numeral 5, del CPACA, norma que se refiere a la posibilidad de hacer uso de este mecanismo procesal en los casos en que exista nulidad originada en la sentencia que puso fin al proceso y contra la cual no procede recurso de apelación.

Como pretensiones de la demanda de revisión, solicitó que (i) se declare la nulidad del proceso a partir de la sentencia de segunda instancia inclusive; (ii) se decrete la suspensión del proceso por prejudicialidad hasta el momento en que el Consejo de Estado resuelva el proceso con radicado

⁴ Folios 192 a 202.

⁵ Folios 209 a 217.



Radicado: 11001-03-25-000-2015-01111 00 (5034-2015)
Demandante: Jesús Nicolás Gómez Olaya

11001032500020100013600, en el que se pretende la simple nulidad del artículo 2 del Decreto 2863 de 2007; (iii) una vez haya lugar a la reanudación del proceso, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca profiera sentencia de segunda instancia atendiendo a la decisión que se tome en el mencionado asunto judicial conexo; y (iv) ordenarle se abstenga de condenar el costas al demandante por tener la calidad de apelante único.

Al presentar el fundamento fáctico del recurso, sostuvo que, encontrándose su proceso en segunda instancia ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, advirtió la existencia de una demanda de simple nulidad que incoó el señor Christian Fernando Joaquín Tapia, tramitada ante el Consejo de Estado con el radicado 11001032500020100013600, en la que se pretendía la declaratoria de nulidad del artículo 2 del Decreto 2863 de 2007.

Por tal motivo, explicó, en los alegatos de segunda instancia le solicitó al *ad quem* decretar la suspensión del proceso por considerar que se configuraba la causal del artículo 170, numeral 2, del Código de Procedimiento Civil, relativa a la existencia de prejudicialidad.

Seguidamente, añadió que el Tribunal profirió sentencia de segunda instancia sin resolver la petición elevada, lo que implicó la violación de su derecho al debido proceso y la configuración de la causal de nulidad de que trata el artículo 140, numeral 5, de la citada codificación procesal.

CONTESTACIÓN DEL RECURSO⁶

La Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional se abstuvo de pronunciarse en esta oportunidad procesal.

CONSIDERACIONES

COMPETENCIA

El Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo señala en el artículo 250 que 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 materia⁷.

Para el caso en concreto y dado el criterio de especialización laboral, la competencia para resolver el recurso formulado es de la Sección Segunda del

⁶ Folios 230.

⁷ En concordancia con el lineamiento de la sentencia de inexequibilidad C-520 de 4 de agosto de 2009.



Radicado: 11001-03-25-000-2015-01111 00 (5034-2015)
Demandante: Jesús Nicolás Gómez Olaya

Consejo de Estado, en concordancia con el artículo 1.º del Acuerdo 55 de 5 de agosto de 2003⁸:

[...] 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:

[...]

3-. El recurso extraordinario de revisión contra las sentencias de única instancia dictadas por los tribunales administrativos, en asuntos relacionados con la competencia de esta sección [...]

Por lo anterior, esta Subsección es competente para conocer del recurso extraordinario de revisión formulado por el señor Jesús Nicolás Gómez Olaya contra la sentencia proferida el 9 de julio de 2015 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección A.

Oportunidad

El recurso extraordinario de revisión fue presentado dentro del plazo que prevé el artículo 251 del CPACA en razón a que la sentencia recurrida es del 9 de julio de 2015 y el correspondiente recurso se interpuso el 5 de agosto del mismo año⁹.

Generalidades del recurso extraordinario de revisión

El recurso extraordinario de revisión tiene como finalidad invalidar los efectos jurídicos de una sentencia que se encuentra ejecutoriada¹⁰ y persigue el restablecimiento del criterio de justicia material y la supremacía de las garantías procesales, cuando éstas han sido lesionadas en una decisión judicial que fue afectada por situaciones que no pudieron ser contempladas en el decurso procesal.

Es un medio impugnativo que afecta el principio de la inmutabilidad de las sentencias ejecutoriadas y, por ende, constituye una excepción al principio de

⁸ "Por medio del cual se modifica el reglamento del Consejo de Estado".

⁹ Folio 217.

¹⁰ Consejo De Estado. Sala De Lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda, Subsección A. 15 de marzo de 2018. Radicación: 1001-03-25-000-2014-00862-00. Interno: 2668-2014. Recurrente: Horacio Chala. Demandado: Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional.



Radicado: 11001-03-25-000-2015-01111 00 (5034-2015)
Demandante: Jesús Nicolás Gómez Olaya

la cosa juzgada¹¹, entendido éste como fundamento esencial del ordenamiento jurídico y garantía del debido proceso.

Es un recurso que por razón de su naturaleza extraordinaria solo opera por razón de las causales señaladas taxativamente en el artículo 250 del CPACA, en concordancia con el artículo 20 de la Ley 797 de 2003 y que de haberse conocido antes, habrían conducido a otro resultado diferente al plasmado en el fallo impugnado.

El recurso extraordinario de revisión no puede considerarse como una oportunidad para reabrir un debate jurídico, probatorio y fáctico propio de las instancias procesales que ya se han surtido, tampoco es una ocasión para cuestionar la actividad interpretativa del juez o insistir en la discusión de los problemas debatidos en el proceso.

En conclusión, el recurso extraordinario de revisión no habilita una tercera instancia para discutir los problemas jurídicos debatidos en sede ordinaria¹², para corregir los yerros probatorios que cometieron las partes ni para subsanar aquellas situaciones que pudieron evitarse durante la gestión del proceso que dio origen a la sentencia objeto de revisión.

Ahora bien, para que el juez pueda examinar la controversia materia del recurso, es pertinente recordar que quien ejerce el recurso extraordinario tiene la elemental obligación de indicar con precisión cuál es la causal que invoca. En efecto, el artículo 252 del CPACA señaló este como uno de los requisitos del recurso extraordinario de revisión, dándose a conocer con claridad y exactitud las razones de hecho y de derecho que configuran la causal invocada.

La prosperidad de este mecanismo procesal dependerá de que se acrediten los supuestos fácticos y jurídicos que condujeron a la sentencia injusta o errónea que trasgredió el orden normativo, para lo cual debe tenerse en cuenta que la procedencia del recurso se encuentra restringida a las causales taxativamente enunciadas en los artículos 250 del CPACA y 20 de la Ley 797 de 2003. Sobre el particular, la Sala Plena de esta Corporación sostuvo:

¹¹ La cosa juzgada es una institución jurídico procesal en virtud de la cual las decisiones contenidas en una sentencia y otras providencias judiciales tienen el carácter de inmutables, vinculantes y definitivas, ello con la finalidad de lograr la terminación definitiva de controversias, en aras de buscar la seguridad jurídica. En términos de esta corporación es un fenómeno jurídico de « [...] carácter imperativo e inmutable de las decisiones que han adquirido firmeza, lo cual implica de suyo la imposibilidad de volver sobre asuntos ya juzgados, para introducir en ellos variaciones o modificaciones mediante la adopción de una nueva providencia [...]». CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA. SUBSECCIÓN A. Consejero ponente: Dr. WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ. Bogotá D.C., treinta (30) de noviembre de dos mil diecisiete (2017). Radicación número: 25000-23-25-000-2010-01147-01(1365-14)

¹² O replantear temas ya litigados.



Radicado: 11001-03-25-000-2015-01111 00 (5034-2015)
Demandante: Jesús Nicolás Gómez Olaya

[...] El recurso extraordinario de revisión procede por especiales circunstancias consagradas taxativamente en la ley, con miras a prescindir de una sentencia ejecutoriada, para, en el caso de prosperidad reabrir el proceso y dictar la sentencia que en derecho habrá de sustituir la revocada. Precisamente, por cuanto este recurso extraordinario atenta contra el principio de inmutabilidad y firmeza de los fallos judiciales, las causales que lo fundamentan se hallan taxativamente relacionadas en la norma y su examen y aplicación obedecen a un estricto y delimitado ámbito interpretativo [...] ¹³

En línea con lo anterior, según el artículo 250 *ibidem*, los supuestos bajo los cuales es dable la revisión extraordinaria de una sentencia debidamente ejecutoriada son:

- [...] 1. Haberse encontrado o recobrado después de dictada la sentencia documentos decisivos, con los cuales se hubiera podido proferir una decisión diferente y que el recurrente no pudo aportarlos al proceso por fuerza mayor o caso fortuito o por obra de la parte contraria.
2. Haberse dictado la sentencia con fundamento en documentos falsos o adulterados.
3. Haberse dictado la sentencia con base en dictamen de peritos condenados penalmente por ilícitos cometidos en su expedición.
4. Haberse dictado sentencia penal que declare que hubo violencia o cohecho en el pronunciamiento de la sentencia.
5. Existir nulidad originada en la sentencia que puso fin al proceso y contra la que no procede recurso de apelación.
6. Aparecer, después de dictada la sentencia a favor de una persona, otra con mejor derecho para reclamar.
7. No tener la persona en cuyo favor se decretó una prestación periódica, al tiempo del reconocimiento, la aptitud legal necesaria, o perder esa aptitud con posterioridad a la sentencia o sobrevenir alguna de las causales legales para su pérdida.
8. Ser la sentencia contraria a otra anterior que constituya cosa juzgada entre las partes del proceso en que aquella fue dictada. Sin embargo, no habrá lugar a revisión si en el segundo proceso se propuso la excepción de cosa juzgada y fue rechazada [...]

Por su parte, el artículo 20 de la Ley 797 de 2003, prevé la posibilidad de revisar el reconocimiento de sumas periódicas a cargo del tesoro público o de fondos de naturaleza pública en los casos en que opere alguna de las causales ya enunciadas, así como cuando el reconocimiento se haya obtenido con violación al debido proceso o cuando la cuantía del derecho reconocido excediere lo debido según la ley, pacto o convención colectiva aplicables.

¹³Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sala veintiséis Especial de Decisión, tres (3) de febrero de dos mil quince (2015). Radicación número: 11001-03-15-000-1998-00157-01(REV). Actor: Sociedad de Mejoras Públicas de Cali.



Radicado: 11001-03-25-000-2015-01111 00 (5034-2015)
Demandante: Jesús Nicolás Gómez Olaya

Problema jurídico

Los interrogantes que se deben resolver se resumen en las siguientes preguntas:

1. ¿Existe nulidad originada en la sentencia del 9 de julio de 2015, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección «A» y, por ende, se configura la causal 5 prevista en el artículo 250 del CPACA?
2. De ser así, ¿Debe infirmarse la referida sentencia en cuanto denegó las pretensiones del demandante relativas a la aplicación de los beneficios consagrados en los artículos 2 y 4 del Decreto 2863 de 2007 en su calidad de agente retirado de la Policía Nacional?

Primer problema jurídico

¿Existe nulidad originada en la sentencia del 9 de julio de 2015, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección «A» y, por ende, se configura la causal 5 prevista en el artículo 250 del CPACA?

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

- La causal de revisión invocada

El numeral 5 del artículo 250 del CPACA dispone que es causal de revisión el hecho de que exista «[...] nulidad originada en la sentencia que puso fin al proceso y contra la que no procede recurso de apelación [...]». Sobre esta causal, el Consejo de Estado, a través de una de sus Salas Especiales de Decisión¹⁴, adoptó la tesis basada en el respeto a la taxatividad y legalidad de las nulidades, de acuerdo con la cual, las causales de nulidad de la sentencia son las previstas en el estatuto procesal civil, hoy artículo 133 del Código General del Proceso, y las que se originan en la sentencia por violación al debido proceso a partir del artículo 29 de la Constitución Política, posición que la Subsección acoge en esta oportunidad.

En consecuencia, los presupuestos para que resulte procedente la causal en mención son:

¹⁴ Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sala Veintiséis Especial de Decisión, sentencia del 3 de febrero de 2015, Radicación número: 11001-03-15-000-1998-00157-01(REV), Actor: Sociedad de Mejoras Publicas de Cali.



Radicado: 11001-03-25-000-2015-01111 00 (5034-2015)
Demandante: Jesús Nicolás Gómez Olaya

- i) Que exista una sentencia que ponga fin al proceso, entendiendo por estas las ejecutoriadas, bien sea que resuelvan o no el litigio de fondo.
- ii) Que contra esta no proceda recurso de apelación, pues de ser así este sería el medio idóneo para poner de presente cualquier vicio en que hubiera incurrido la providencia.
- iii) Que la nulidad se desprenda de la sentencia objeto del recurso extraordinario, es decir que el vicio debe estructurarse en el momento procesal en que se profiere la decisión judicial pues, de generarse por una situación ocurrida con anterioridad que no fue oportunamente alegada, la regla general sería su saneamiento. No obstante lo anterior, la jurisprudencia de esta Corporación ha aceptado como nulidad originada en la sentencia la que, a pesar de presentarse en un momento previo a la emisión del fallo, no pudo ser advertida por el afectado, quien en todo caso tiene la carga procesal de demostrar esta circunstancia.
- iv) Que la nulidad se configure por alguna de las causales que en forma taxativa consagra la codificación procesal o por vulneración del debido proceso previsto en el artículo 29 superior.

- **Estudio de la censura en sede extraordinaria de revisión**

El recurrente considera que se configuró la causal de revisión que prevé el numeral 5 del artículo 250 del CPACA puesto que se dictó sentencia de segunda instancia sin resolverse la solicitud que elevó en los alegatos de conclusión, consistente en la suspensión del proceso por prejudicialidad ya que, ante el Consejo de Estado, estaba en curso una demanda de simple nulidad contra el artículo 2 del Decreto 2863 de 2007. Sostuvo que esta situación dio paso a que se estructurara la causal de nulidad de que trata el artículo 140, numeral 5, del Código de Procedimiento Civil.

Visto lo anterior, el estudio de los presupuestos para que se configure la causal de revisión invocada en el caso concreto permite establecer las siguientes conclusiones:

- i) La sentencia impugnada puso fin al proceso debido a que se dictó en segunda instancia, quedando ejecutoriada el 27 de julio de 2015, cuando se notificó a las partes¹⁵.
- ii) En línea con ello, resulta claro que contra tal providencia no procedía recurso de apelación.

¹⁵ Folios 204 a 207.



Radicado: 11001-03-25-000-2015-01111 00 (5034-2015)
Demandante: Jesús Nicolás Gómez Olaya

iii) Efectivamente, en caso de configurarse la causal de nulidad alegada, esta habría tenido lugar en la sentencia objeto del recurso extraordinario puesto que se profirió sin haberse resuelto la solicitud de suspensión del proceso que efectuó el demandante en los alegatos de conclusión de segunda instancia aduciendo prejudicialidad, presentados en escrito del 28 de abril de 2015¹⁶, así:

[...] [M]e permito solicitar la suspensión del proceso "POR PREJUDICIALIDAD", hasta tanto no se resuelva y quede en firme el Proceso de Nulidad Simple distinguido con el número 11001032500020100013600 [...] que versa sobre la Nulidad Simple del artículo 2 del Decreto 2863 de 2007 [...] Lo anterior de conformidad con los artículos No. 170 y siguientes del C.P.C. aplicable por remisión del artículo 306 del C.P.A.C.A. [...] El proceso de la referencia, depende necesariamente de las resultados de la nulidad impetrada dentro del Proceso de Simple Nulidad que cursa en el Honorable Consejo de Estado, en razón a que el contenido normativo del Decreto 2863 de 2007 discriminó sin razón alguna al personal de Agentes de la Policía Nacional, como es el caso del aquí demandante y/o de quien proviene el Derecho y en tales circunstancias el resultado influye directa y marcadamente en la Decisión que ha de proferir esa Corporación en relación con el presente proceso [...]

iv) El recurrente sostiene que la causal que se estructuró es la que contempla el numeral 5 del artículo 140 del CPC, sin embargo, por haberse solicitado la suspensión del proceso el 8 de abril de 2015 y proferido sentencia de segunda instancia el 9 de julio del mismo año, esto es, en vigencia del CGP¹⁷, la causal correspondiente sería la del numeral 3 de esta última codificación, conforme a la cual se genera la nulidad del proceso «[...] 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 [...]».

¹⁶ Folios 167 a 170.

¹⁷ El Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, en auto de 6 de agosto de 2014 (expediente 50.408), precisó en cuanto a la vigencia del C.G.P. en los procesos escriturales que «[...] deberá entenderse que la norma del artículo 267 del C.C.A. remite al Código General del Proceso y no al Código de Procedimiento Civil. Si bien, es cierto, la disposición señalada hace una remisión expresa a este último cuerpo normativo, ello no es óbice para que a **partir del 25 de junio de 2014, el CPG se aplique en lo pertinente a aquellos procesos que se iniciaron bajo la vigencia del C.C.A.**, pues una interpretación teleológica de la norma, permite concluir que el fin del legislador al consagrar la cláusula de integración residual, no era remitir a una codificación en concreto, sino a la legislación procesal civil vigente, que como ya se dijo, regula los aspectos más transversales a todos los procesos [...] **una vez entró a regir el CGP, es éste el cuerpo normativo llamado a llenar regular los aspectos no contemplados en el CCA y que aún se encuentren pendientes**, pues carecería de sentido que el juez de lo contencioso administrativo siguiera remitiéndose para ese efecto a disposiciones que ya han perdido su vigencia [...] En consecuencia, **a partir del auto de unificación del 25 de junio de 2014, en aquellos procesos que aún se tramitan en el sistema escritural, el juez deberá acudir al CGP para regular los siguientes temas, que se señalan de manera enunciativa:** i) cuantía; ii) intervención de terceros; iii) causales de impedimentos y recusaciones; iv) nulidades procesales; v) trámite de incidentes; vi) condena en costas; vii) ejecución de las providencias judiciales; viii) trámite de los recursos; ix) allanamiento de la demanda; x) comisión; xi) deberes y poderes de los jueces; xii) auxiliares de la justicia; xiii) capacidad y representación de las partes; xiv) deberes y responsabilidades de las partes; xv) reglas generales del procedimiento; xvi) acumulación de procesos; xvii) amparo de pobreza; xviii) interrupción y suspensión del proceso [...]».



Radicado: 11001-03-25-000-2015-01111 00 (5034-2015)
Demandante: Jesús Nicolás Gómez Olaya

Como puede observarse, la nulidad que alega el señor Jesús Nicolás Gómez Olaya es una de las que taxativamente contempla la ley procesal, motivo por el cual resulta procedente su estudio a efectos de determinar si en efecto se estructuró.

La prejudicialidad es un fenómeno procesal que se presenta en aquellos casos en que la decisión de fondo que debe dictarse en un proceso judicial se encuentra condicionada inescindiblemente a lo que se resuelva en otro de la misma naturaleza. Esta situación amerita la suspensión del primero de ellos hasta que el proceso al que se le atribuye una incidencia directa sea desatado en definitiva.

Dado que el CPACA¹⁸ no reguló esta figura procesal, por remisión de su artículo 306, resulta aplicable el Código General del Proceso, que en el artículo 161, numeral 1, prevé la suspensión por prejudicialidad en los siguientes términos:

[...] 1. Cuando la sentencia que deba dictarse dependa necesariamente de lo que se decida en otro proceso judicial que verse sobre cuestión que sea imposible de ventilar en aquel como excepción o mediante demanda de reconvención. El proceso ejecutivo no se suspenderá porque exista un proceso declarativo iniciado antes o después de aquel, que verse sobre la validez o la autenticidad del título ejecutivo, si en este es procedente alegar los mismos hechos como excepción [...]

A su turno, el artículo 162 *ibidem* señala que:

[...] La suspensión a que se refiere el numeral 1 del artículo precedente solo se decretará mediante la prueba de la existencia del proceso que la determina y una vez que el proceso que debe suspenderse se encuentre en estado de dictar sentencia de segunda o de única instancia [...]

De acuerdo con ello, la Sala realiza el siguiente estudio de cara a los requisitos que debían haberse cumplido para que el proceso primigenio que adelantó el demandante se hubiese suspendido por acaecimiento de una causal legal como la prejudicialidad.

En primer lugar y como lo exige la norma en cita, se encuentra suficientemente demostrado que, al momento de formularse la solicitud de suspensión, el proceso que adelantó el hoy recurrente se hallaba en etapa de dictar sentencia de segunda instancia ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

¹⁸ Esta fue la norma procesal aplicable al proceso judicial ordinario que adelantó ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo el señor Jesús Nicolás Gómez Olaya en contra de CASUR.



Radicado: 11001-03-25-000-2015-01111 00 (5034-2015)
Demandante: Jesús Nicolás Gómez Olaya

Asimismo, se acreditó en debida forma la existencia de un segundo proceso cuya resolución, a voces del señor Jesús Nicolás Gómez Olaya, era determinante para resolver de fondo el suyo. Prueba de ello son los folios 171 a 178 del expediente, en los que se allegó la consulta en la página web de la rama judicial del proceso con radicado 11001032500020100013600, que instauró el señor Christian Fernando Joaqui Tapia contra el Gobierno Nacional, cuya descripción fue consignada en los siguientes términos:

[...] Contenido
(N.I. 1013-2010) ACCION DE NULIDAD CONTRA EL ARTÍCULO NO. 2 DEL DECRETO 2863 DEL 27 DE JULIO DE 2007, EXPEDIDO POR EL GOBIERNO NACIONAL, POR EL CUAL SE MODIFICA PARCIALMENTE EL DECRETO No. 1515 DE 2007 Y SE DICTAN OTRAS DISPOSICIONES
[...]

Establecido lo anterior, queda por definir si, en efecto, la sentencia que debía proferirse en el proceso contencioso administrativo que instauró el demandante dependía de la decisión de fondo que se adoptara en aquel otro. La Sala dará respuesta negativa a este interrogante como quiera que la controversia jurídica que se planteó en el proceso con radicado 11001032500020100013600, que incoó el señor Christian Fernando Joaqui Tapia, ya había sido resuelta por la Sección Segunda de esta Corporación en sentencia del 23 de octubre de 2014, proferida en el proceso promovido por Carlos Arturo Arzuaga Guerrero con radicado 11001-03-25-000-2009-00029-00 (0656-2009).

En el último de estos casos, se estudió el cargo de nulidad contra el artículo 2 del Decreto 2863 de 2007 por violación del derecho a la igualdad en cuanto otorgó la prima de actividad a los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares y la Policía Nacional, y a los empleados públicos del Ministerio de Defensa, excluyendo a los agentes que regula el Decreto 1213 de 1990, al personal del nivel ejecutivo de la Policía Nacional y a los Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares. La citada providencia de 23 de octubre de 2014 denegó las pretensiones de la demanda con apoyo en razonamientos del siguiente tenor:

[...] En primer lugar, el estudio de la vulneración del derecho a la igualdad en materia laboral que propone el actor, presenta una dificultad, en tanto no se realizó un ejercicio de argumentación que permita establecer cómo los agentes, soldados profesionales y personal del nivel ejecutivo, en razón de sus funciones, tienen en aplicación del derecho a la igualdad, derecho al incremento de la prima de actividad.

En efecto, el accionante afirma que los agentes, soldados profesionales y personal del nivel ejecutivo son la parte más débil de la jerarquía en la fuerza pública y quienes corren más riesgos, sin embargo esta afirmación no es suficiente para que se pruebe la vulneración al derecho a la igualdad alegada por el actor. Así, la Sala insiste en que el demandante no



Radicado: 11001-03-25-000-2015-01111 00 (5034-2015)
Demandante: Jesús Nicolás Gómez Olaya

demuestra cómo en aplicación del principio a trabajo igual salario igual, tendrían derecho a un aumento de la prima en comento.

En segunda medida, no obstante lo explicado anteriormente, la Sala precisa que la regulación del régimen prestacional de la fuerza pública se realiza de manera concurrente entre el legislador quien fija las pautas generales, a través de leyes cuadro y el Gobierno Nacional mediante decretos reglamentarios lo desarrolla. En efecto la Ley 4 de 1992 señaló en el artículo 2 los lineamientos que debe acatar el Gobierno:

"i) La racionalización de los recursos públicos y su disponibilidad, esto es, las limitaciones presupuestales para cada organismo o entidad;

j) El nivel de los cargos, esto es, la naturaleza de las funciones, sus responsabilidades y las calidades exigidas para su desempeño;"

De la lectura de estos literales se observa que la remuneración de los miembros de la fuerza pública debe obedecer al nivel de los cargos, las funciones, responsabilidades y calidades, por lo que es claro que todos no pueden tener la misma remuneración y prestaciones.

En efecto el actor estima que la Constitución Política al establecer en el artículo 216 que la fuerza pública está integrada por las Fuerzas Militares y la Policía Nacional, establece un criterio de paridad entre quienes las integran, esto es, que todos los integrantes de la fuerza pública deben tener la misma remuneración por su trabajo. Esta interpretación a la que acude el accionante desconoce justamente el artículo 53 de la Constitución, según el cual *"la remuneración mínima es vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo"*, así al tratarse de un cuerpo jerarquizado, donde hay diferentes funciones y responsabilidades, el mandato constitucional impone que la retribución por el trabajo sea proporcional a las funciones.

Así, 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 suma, se destaca que para demostrar la violación del derecho a la igualdad a partir de la comparación entre supuestos de hechos diferentes y entre personas cobijadas por regímenes distintos, como lo plantea el actor en este proceso, se *"exige un análisis constitucional encaminado a justificar que los que son diferentes deben ser tratados igual, lo cual sólo*



Radicado: 11001-03-25-000-2015-01111 00 (5034-2015)
Demandante: Jesús Nicolás Gómez Olaya

esta constitucionalmente ordenado en circunstancias extraordinarias de manifiesta desproporcionalidad no compensada por otros beneficios.”¹⁹

Así las cosas, es plausible afirmar que, en el momento en que se solicitó la suspensión del proceso, esta Corporación ya había emitido un pronunciamiento dentro de una acción de simple nulidad en la cual se controvertió el mismo acto administrativo que el demandado por el señor Christian Fernando Joaquín Tapia con fundamento en idénticos cargos, de manera que no resultaba imprescindible la resolución de este último proceso a efectos de poder fallar de fondo el que instauró el hoy recurrente. Tan es así que en el caso del señor Joaquín Tapia, la sentencia del 21 de junio de 2018, en atención a que se configuraba la cosa juzgada, decidió estarse a lo resuelto en la sentencia proferida por la Sección Segunda del Consejo de Estado, el 27 de marzo de 2014, en la acción de nulidad promovida por Carlos Arturo Arzuaga Guerrero contra el Gobierno Nacional, con radicación 11001-03-25-000-2009-00029-00 (0656-2009).

En tales condiciones la Subsección concluye que no se configuró el fenómeno procesal de la prejudicialidad y, por consiguiente, tampoco lo hizo el de la suspensión del proceso.

En conclusión: Cuando el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección A, profirió la sentencia del 9 de julio de 2015 dentro de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho instaurada por el señor Jesús Nicolás Gómez Olaya el proceso no se encontraba ni debía estar suspendido por prejudicialidad. Por consiguiente, no se originó nulidad alguna en dicha providencia que diera paso a configurar la causal 5 de revisión prevista en el artículo 250 del CPACA.

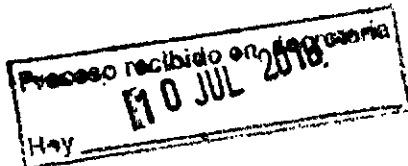
- Decisión

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

- Aceptación de impedimento

Mediante escrito de fecha 4 de julio de 2019, el consejero Rafael Francisco Suárez Vargas manifestó su impedimento respecto del asunto *sub examine* al considerar que estaba incurso en la causal contenida en el numeral 2 del artículo 141 del Código General del Proceso, toda vez que, en el proceso que dio lugar al

¹⁹ Sentencia C-980 de 2002.



Radicado: 11001-03-25-000-2015-01111 00 (5034-2015)
Demandante: Jesús Nicolás Gómez Olaya

recurso extraordinario, rindió concepto como procurador 56 judicial II en asuntos administrativos²⁰.

En consecuencia, se acepta el impedimento presentado por el consejero Rafael Francisco Suárez Vargas al considerarlo fundado.

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

FALLA

Primero: Declarar infundado el recurso extraordinario de revisión interpuesto por el señor Jesús Nicolás Gómez Olaya contra la sentencia proferida el 9 de julio de 2015 por el Tribunal Administrativo Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección A, dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho radicado bajo el número 11001-33-35-007-2013-00117-01.

Segundo: Declarar fundado el impedimento presentado por el Consejero Rafael Francisco Suárez Vargas, por lo señalado en la parte motiva.

Tercero: Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al Juzgado de origen, previas las anotaciones pertinentes en el programa informático Justicia Siglo XXI.

Notifíquese y cúmplase

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

WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ

RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS
(Con impedimento)

GABRIEL VALBUENA HERNANDEZ

²⁰ Folios 179 a 190.



Bogotá, D. C., dos (02) de julio de dos mil diecinueve (2019)

Doctor:

William Hernández Gómez

Consejero de Estado

Radicación: 11001-03-25-000-2015-01111-00 (5034-2015)

Demandante: Jesús Nicolas Gómez Olaya

Demandado: Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional

MANIFESTACIÓN DE IMPEDIMENTO

Encontrándose el expediente para emitir sentencia, se advierte que la providencia fue expedida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección A, Magistrada Ponente: Dra. Carmen Alicia Rengifo Sanguino, Despacho ante el cual actué como agente del Ministerio Público en calidad de Procurador 56 Judicial II en Asuntos Administrativos de acuerdo con la Resolución 236 de 16 de julio de 2012 y hasta el 17 de octubre de 2016, cuando me posesioné como Consejero de Estado. A su vez, en lo que concierne al *sub lite*, tuve oportunidad de conceptuar dentro del proceso de la referencia ¹.

En consecuencia, considero estar incurso en la causal de impedimento prevista en el numeral 12 del artículo 141 del Código General del Proceso, aplicable por remisión del artículo 130 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, situación que no me permite asumir el conocimiento y decisión de este asunto.

Por ello, atendiendo lo dispuesto en el numeral 3.º del artículo 131 del CPACA, le solicito ser separado del conocimiento del presente proceso.

Atentamente,


RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS
Consejero de Estado

¹ Folio 179-190 del expediente.

Proceso recibido en secretaría
10 JUL 2019