



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN SEGUNDA- SUBSECCIÓN A

Consejero ponente: RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS

Bogotá D.C., diez (10) de octubre de dos mil dieciocho (2018)

Radicación: 11001032500020150041000 (0937-2015)
Recurso extraordinario de revisión
Actor: Luis Eduardo Herreño Velasco.

Le corresponde a la Sala decidir el recurso extraordinario de revisión interpuesto por el señor Luis Eduardo Herreño Velasco contra la sentencia de 22 de julio de 2014 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección E.

1. Antecedentes

1.1. La demanda de nulidad y restablecimiento del derecho

1.1.1. Pretensiones

Luis Eduardo Herreño Velasco en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo interpuso demanda ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, en orden a obtener un reajuste en la asignación de retiro, fundamentado en la prima de actividad de acuerdo a lo ordenado en los artículos 2 y 4 del Decreto 2863 de 2007.

Como consecuencia de lo anterior solicitó reajustar la prima de actividad en el 41.5%, desde el 1 de julio de 2007 y pagar las diferencias que surjan como resultado de ese reajuste.

1.2. Sentencia de primera instancia ¹

El Juzgado Doce Administrativo de Descongestión del Circuito Judicial de Bogotá mediante sentencia del 25 de enero de 2013 accedió parcialmente a las súplicas de la demanda en los siguientes términos:

Declaró la nulidad de los actos administrativos demandados y ordenó el reajuste de la asignación de retiro, con fundamento en la prima de actividad, así:

[...] reajustar la asignación de retiro devengada por el señor LUIS EDUARDO HERREÑO VELASCO [...] aplicando el mismo porcentaje en que haya ajustado la prima de actividad al del activo correspondiente con fundamento en lo previsto en los artículos 2º y 4º del Decreto 2863 de 2004, esto es, se reajuste en el cincuenta por ciento (50%) el porcentaje de prima de actividad, que para el caso de los suboficiales corresponde al porcentaje del dieciséis punto cinco (16.5%), cifra que constituye el cincuenta por ciento (50%) del porcentaje a que tienen derecho los mencionados miembros de la Policía Nacional para un total de cuarenta y uno punto cinco por ciento (41.5%), teniendo en cuenta el porcentaje de 25% reconocido en actividad por la entidad demandada a partir del 1 de julio de 2007.

¹ Folios 76 al 86 del cuaderno de nulidad y restablecimiento del derecho.

Aclaró que no se discute la aplicación o no del incremento ordenado en el Decreto 2863 de 2007, sino la forma como se liquidó este, en la prima de actividad devengada por el demandante.

1.3. Sentencia de segunda instancia objeto de revisión².

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección E, en sentencia de 22 de julio de 2014 revocó la providencia de primera instancia, con base en los siguientes argumentos:

El artículo 2 del Decreto 2863 del 2007 ordenó un reajuste a la prima de actividad del personal que estaba activo, de manera que el porcentaje reconocido por esa partida, conforme al tiempo de servicio en cada caso particular, se incrementaría en un 50%. El artículo 4 del aludido decreto hizo extensivo ese beneficio, para quienes al 1 de julio de 2007 percibían asignación de retiro.

Al resolver el caso concreto, precisó que como la prima de actividad se reconoció al demandante en un 25%, al incrementar un 50% sobre ese porcentaje, se llega a la conclusión de que a partir del 1 de julio 2007 la partida se debe reconocer en un 37.5%.

Agregó que la aplicación el 50% de que trata el decreto en referencia, se debe interpretar atendiendo la literalidad de la norma, lo que no quiere decir que a los retirados se les conceda el monto de la prima de actividad que se reconoce

² Folio 118 al 145 del cuaderno de nulidad y restablecimiento del derecho.

al personal activo, sino a un ajuste que permita equilibrar la asignación de retiro, de modo que no pierda su valor adquisitivo.

Expuso que de acuerdo a las pruebas allegadas y los fundamentos expuestos sobre la violación a las normas que rigen los principios de igualdad, oscilación, derechos adquiridos y favorabilidad aplicables a los miembros de la Fuerza Pública, no se logró desvirtuar la presunción de legalidad propia del acto administrativo, razón por la cual el acto demandado continúa surtiendo efectos jurídicos, en el entendido que fue expedido conforme a la normativa aplicable.

1.4. Del recurso de revisión

El señor Luis Eduardo Herreño Velasco, por conducto de apoderado, el 16 de diciembre de 2014, interpuso recurso extraordinario de revisión en contra de la sentencia del 22 de julio de 2014, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección E, invocando la causal contenida en el numeral 5 del artículo 250 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Para el efecto, solicitó se declare la revocatoria de la sentencia de segunda instancia, por considerar que los magistrados carecen de competencia funcional para revocar la sentencia, lo anterior, debido a que la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional cuando interpuso y sustentó el recurso de apelación, lo hizo de manera equivocada al tratar otro tema totalmente diferente, que si bien es cierto se trata del mismo factor salarial, -prima de actividad-, la demanda y la sentencia se fundamentaron en otros aspectos tanto fácticos como jurídicos.

Manifestó que al superior le está totalmente prohibido corregir la sentencia en la parte que no fue objeto del recurso, es decir, que no tiene competencia funcional para enmendar la providencia en lo que no fue objeto del recurso.

1.4.1. Contestación al recurso

La Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional no contestó el recurso.³

2. Consideraciones

2.1. Competencia

Es competente la Sección Segunda, Subsección A, del Consejo de Estado para tramitar y decidir el presente recurso extraordinario de revisión, en los términos del inciso segundo del artículo 249 del CPACA y del artículo 13 del Acuerdo 58 de 1999 proferido por la Sala Plena de esta corporación, por tratarse de un recurso dirigido contra la sentencia dictada el 22 de julio de 2014, por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección E, dentro de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho consagrada en el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo.

2.1.1. Oportunidad

El recurso extraordinario de revisión fue presentado dentro del plazo indicado en el artículo 251 del CPACA puesto que la sentencia recurrida es de 22 de julio de 2014 y el correspondiente escrito contentivo del recurso fue radicado el 16 de diciembre de 2014 (ff.2-10).

³ Folio 51 del cuaderno del recurso extraordinario.

2.2. Problema jurídico

Se circunscribe a determinar si se configura la causal de revisión contenida en el artículo 250, numeral 5, del CPACA y, por ende, si debe prosperar la revocatoria de la sentencia del 22 de julio de 2014 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección E.

2.2.1. Alcances del recurso extraordinario de revisión

El recurso extraordinario de revisión consagrado en los artículos 248⁴ y siguientes del CPACA, es un mecanismo de impugnación excepcional que permite revisar determinadas sentencias de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo amparadas por «la intangibilidad de la cosa juzgada e infirmarlas ante la demostración inequívoca de ser decisiones injustas por incurrir en alguna de las causales que taxativamente consagra la ley»⁵.

Según lo dispuesto en el artículo 249 del CPACA las providencias susceptibles del recurso extraordinario de revisión son las dictadas i) por las secciones y subsecciones de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado; ii) por los tribunales administrativos; y, iii) por los jueces administrativos en primera o segunda instancia, cuya naturaleza permita la interposición de tal recurso. Para su formulación deben atenderse los requisitos de las demandas ordinarias, indicados en el artículo 252 y para ello el recurrente deberá explicar con claridad y justificar la causal o las causales en que se funda el recurso y aportar las pruebas necesarias⁶.

⁴ EL recurso extraordinario de revisión procede contra las sentencias ejecutoriadas dictadas por las secciones y subsecciones de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, por los Tribunales Administrativos y por los jueces administrativos

⁵ Expediente 2016-0070-00 consejero Ponente: Alberto Yepes Barreiro

⁶ El artículo 250 establece las causales de revisión en los siguientes términos: Sin perjuicio de lo previsto en el artículo 20 de la Ley 797 de 2003, son causales de revisión:

Sobre el particular, esta corporación ha señalado que la «técnica del recurso exige correspondencia entre los argumentos en que se fundamenta y la causal invocada, de forma tal que prescinda de elucubraciones dirigidas a atacar las motivaciones jurídicas o los juicios de valor que soportaron la decisión adoptada en la sentencia recurrida ni mucho menos a corregir errores u omisiones de la propia parte, cual si se tratara de una nueva instancia. En otras palabras, el recurso extraordinario de revisión no da cabida a cuestionamientos sobre el criterio con que el juez interpretó o aplicó la ley en la sentencia».⁷

De lo anterior, se tiene que tal mecanismo no constituye una tercera instancia dentro del proceso, en la que se pueda acudir a un nuevo análisis fáctico o provocar una interpretación anexa de las normas sometidas al caso particular. Por el contrario, las falencias en la valoración probatoria en que haya podido incurrir el tribunal, son ajenas al recurso de revisión pues este no es una instancia adicional en la que pueda replantearse el litigio.⁸

2.2.2. La causal de revisión invocada

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.

⁷ Ibidem

⁸ Sentencia del 1 de febrero de 2018, expediente 0893-15 consejero Ponente: Gabriel Valbuena Hernández

La causal de revisión invocada por la parte actora corresponde al numeral quinto del artículo 250 del CPACA que señala:

Son causales de revisión:

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

Esta causal ha sido objeto de diversos pronunciamientos por esta corporación que buscan circunscribir su alcance para evitar, precisamente, que ella se emplee para que el juicio de revisión se convierta en una tercera instancia.

Sobre el particular, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo⁹⁹ fijó las circunstancias que podían configurar la causal de revisión en estudio, para lo cual señaló lo siguiente:

[...] 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.

⁹⁹ Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 11 de mayo de 1998, expediente, REV-93, consejero Ponente Mario Alario Méndez.

En un pronunciamiento posterior, precisó:

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 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.

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 puede ser causal de revisión. En este último evento, corresponderá al juez determinar si el hecho que se dice contrario a este derecho, puede configurar la causal de revisión en comento.

3. Caso concreto

El señor Luis Eduardo Herreño Velasco solicitó se declare la prosperidad de

la causal invocada¹⁰, al precisar que se generó una nulidad insaneable a partir del fallo de segunda instancia, ello en razón a que la sustentación del recurso de apelación presentado por la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional se hizo de manera equivocada por no relacionarse con el litigio y mucho menos con lo decidido en la sentencia de primera instancia.

Sobre el particular, se tiene que esta corporación en un asunto de similares contornos, ha señalado que «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»¹¹.

De acuerdo a lo manifestado, se tiene que el presupuesto de carácter objetivo se encuentra claramente satisfecho, en razón a que en el caso analizado la sentencia del 22 de julio de 2014, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección E, resolvió el recurso de apelación interpuesto contra el fallo del Juzgado Doce Administrativo de Descongestión del Circuito de Bogotá, de tal manera que contra él no procede un juicio ordinario posterior.

Respecto del presupuesto de carácter subjetivo, es necesario realizar las siguientes precisiones:

La parte actora en el recurso extraordinario de revisión solicitó la revocatoria de la sentencia de segunda instancia por considerar que se configuró la

¹⁰ Numeral 5 del artículo 250 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo: Existir nulidad originada en la sentencia que puso fin al proceso y contra la que no procede recurso de apelación.

¹¹ Véase las sentencias del 1 de febrero de 2018, expediente 0893-15 consejero Ponente: Gabriel Valbuena Hernández y del 28 de septiembre de 2016, expediente 0452-15, consejera Ponente: Sandra Lisset Ibarra Vélez.

nulidad en el hecho de que el fallador no tenía competencia funcional para decidir, debido a que el recurso de apelación presentado por la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional se planteó de manera equivocada, pues de la lectura de este, se observa que el contenido no se relaciona con el objeto del litigio; lo anterior se sustentó con base en los artículos 140 y 144 del Código de Procedimiento Civil, en sus numerales segundo y quinto, respectivamente.

Para efecto de analizar su argumento, es importante aclarar que la fecha en que se presentó el recurso extraordinario de revisión¹², fue posterior a la entrada en vigencia del Código General del Proceso¹³, tal y como lo establece el artículo 627, de modo que las causales de nulidad que se deben invocar son las que se prevén en esta normativa y no las consagradas en los artículos 140 y 144 del derogado Código de Procedimiento Civil; por ello, y pese a que el demandante se refirió a estas últimas, su solicitud se analizará a la luz de las causales previstas en el Código General del Proceso, vigente cuando se instauró la demanda del recurso extraordinario de revisión.

Dentro de las causales de nulidad del proceso establecidas en el *artículo 133 del Código General del Proceso, no se señala, como tal, la falta de competencia, comoquiera que esta no hace inválida la actuación desarrollada por el funcionario incompetente, como bien lo señala el artículo 138¹⁴ *ibídem*;

¹² 16 de diciembre de 2014.

¹³ 1 de enero de 2014

¹⁴ «**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.**

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

sin embargo, si la sentencia se hubiere dictado por juez incompetente, respecto de esta sí se predica la nulidad, según lo previsto tanto el artículo en cita, como en el 16 de este estatuto, así:

Artículo 16. Prorrogabilidad e improrrogabilidad de la jurisdicción y la competencia. La jurisdicción y la competencia por los factores subjetivo y funcional son improrrogables. Cuando se declare, de oficio o a petición de parte, la falta de jurisdicción o la falta de competencia por los factores subjetivo o funcional, lo actuado conservará validez, **salvo la sentencia que se hubiere proferido que será nula**, y el proceso se enviará de inmediato al juez competente. Lo actuado con posterioridad a la declaratoria de falta de jurisdicción o de competencia será nulo.

La Corte Constitucional, al estudiar la demanda interpuesta en contra de los artículos 6 y 138 del Código General del Proceso¹⁵, señaló que aunque este estatuto mantuvo la taxatividad de las causales de nulidad, **la lista completa de ellas no está comprendida, exclusivamente, por las indicadas en el artículo 133**¹⁶. Adicionalmente, en cuanto a la falta de competencia como causal de nulidad, precisó:

La competencia, entendida como vinculación positiva y vinculación negativa del juez para el ejercicio de sus poderes, es un elemento de la validez de las decisiones que adopta, en el contexto de un Estado de Derecho. La manera de garantizar el sometimiento efectivo de éste al ordenamiento jurídico es a través de la declaratoria de nulidad de las decisiones adoptadas sin competencia¹⁷.

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.»

¹⁵ Corte Constitucional, sentencia C-537 de 2016, M.P. Alejandro Linares Cantillo.

¹⁶ Pese a que en la sentencia se alude al artículo 136, la Sala entiende que se trató de un error de digitación, pues es el artículo 133 el que contiene una lista de causales de nulidad procesal.

¹⁷ Cita propia del texto transcrito « *"La competencia es parte esencial del debido proceso y presupuesto de validez de los actos que se profieren, pues si una autoridad expide un acto sin tener facultades para hacerlo, éste es nulo"*: Corte Constitucional, sentencia C-429-01.»

[...]

En desarrollo de esta competencia, mediante la Ley 1564 de 2012, Código General del Proceso, el legislador estableció el régimen de las nulidades procesales en los procesos que se rigen por este Código y dispuso que **la falta de jurisdicción y la incompetencia por los factores subjetivo¹⁸ y funcional¹⁹** son improrrogables (artículo 16), es decir, que **la nulidad que su desconocimiento genera es insaneable**. Implícitamente dispuso, por consiguiente, **que la incompetencia por los otros factores de atribución de la competencia, como el objetivo, el territorial y el de conexidad, sí es prorrogable y el vicio es entonces saneable, si no es oportunamente alegado**. En los términos utilizados por el legislador, la prorrogabilidad de la competencia significa que, a pesar de no ser el juez competente, el vicio es considerado subsanable por el legislador y el juez podrá válidamente dictar sentencia, si la parte no alegó oportunamente el vicio. En este sentido, la determinación de las formas propias del juicio por parte del legislador consistió en establecer una primera diferencia: la asunción de competencia por un juez sin estar de acuerdo con lo dispuesto por los factores objetivo, territorial y por conexidad, le permite al juez prorrogar o extender no obstante su competencia y, por lo tanto, este hecho no genera nulidad de la sentencia dictada por el juez, si el vicio no fue alegado, mientras que, **la asunción de competencia con desconocimiento de la competencia de la jurisdicción y de los factores subjetivo y funcional, sí genera necesariamente nulidad de la sentencia**.

[...]

Al tiempo, el legislador previó que la causal de nulidad no alegada por la parte en la etapa procesal en la que ocurrió el vicio, se entenderá saneada (artículo 132 y parágrafo del artículo 133), lo mismo que si la parte actúa después de su ocurrencia, sin proponer la nulidad correspondiente (artículo 135). También, estableció que las nulidades sólo pueden alegarse antes de proferirse la sentencia, **salvo que el vicio se encuentre en la sentencia misma** (artículo 134). Una interpretación sistemática del régimen de las nulidades en el CGP lleva fácilmente a concluir que **la posibilidad de sanear nulidades por la no alegación o por la actuación de parte, sin alegarla, se refiere necesariamente a las nulidades saneables**. A este respecto, el parágrafo del artículo 136 del CGP establece una lista de nulidades insaneables, la que no incluye la derivada de la falta de jurisdicción o de competencia del juez, **por los factores subjetivo y funcional**. También establece, en el artículo 133, que las demás irregularidades del proceso se tendrán por subsanadas si no se impugnan oportunamente y en la lista de las nulidades que no se entienden

¹⁸ Cita propia del texto transcrito «Se trata del criterio de atribución de competencia en razón del sujeto procesal. Es este factor el que atribuye competencia por los fueros de juzgamiento. Se encuentra previsto en los artículos 29 y 30 n. 7 del CGP.».

¹⁹ Cita propia del texto transcrito «Hace referencia al criterio de atribución de competencia por etapas o momentos procesales. Así, la competencia del juez de primera y segunda instancia, lo mismo que del juez de los recursos extraordinarios y del juez comisionado resulta de la competencia funcional».

subsanaadas, no se encuentra la de actuar en el proceso y dictar sentencia con falta de jurisdicción y de competencia por los factores subjetivo y funcional. La combinación de estas dos normas, a primera vista, podría dar lugar a concluir, de manera concordante con el demandante, que ésta es saneable. Sin embargo, como quedó establecido en el párrafo anterior, de acuerdo con el artículo 16 del CGP, **esta nulidad debe ser declarada de oficio por el juez**²⁰ el que se percatará del vicio en cumplimiento de su deber de control permanente de legalidad del proceso (artículo 132) y **la competencia es improrrogable, es decir, que el juez no podrá dictar válidamente sentencia, la que expresamente se dispone que será nula**²¹. En estos términos, habrá que concluirse, de manera concordante con varios de los intervinientes que, **a pesar de que el CGP mantuvo un sistema taxativo de nulidades, la lista completa no se encuentra de manera exclusiva en el artículo 136**²² y **la nulidad de la sentencia derivada de la incompetencia por los factores subjetivo y funcional, es insaneable.**

[...]

[...] Por el contrario, la manera como el legislador, válidamente desde el punto de vista constitucional, quiso realizar el derecho al juez natural consistió en determinar que (i) una vez se declare la falta de jurisdicción o la falta de competencia del juez, éste deberá remitir el asunto al juez competente; (ii) el juez que recibe el asunto debe continuar el proceso en el estado en el que se encuentre, porque se conserva la validez de lo actuado; (iii) estará viciado de nulidad todo lo actuado después de declarar la falta de jurisdicción o de competencia; y (iv) **el juez incompetente no podrá dictar sentencia** y, por lo tanto, **la sentencia proferida por el juez incompetente deberá ser anulada y el vicio de ésta no es subsanable.** (Resalta la Sala).

²⁰ La cita corresponde al texto transcrito « El artículo 16 del CGP dispone que "Cuando se declare, de oficio o a petición de parte, la falta de jurisdicción o la falta de competencia por los factores subjetivo o funcional, lo actuado conservará validez, salvo la sentencia que se hubiere proferido que será nula (...)" (negritas no originales).»

²¹ Cita del texto oficial « Artículos 16 y 138 del CGP. ».

²² Cita propia del texto transcrito «También el numeral 1 del artículo 107 del CGP prevé la causal de nulidad de la audiencia o de la diligencia en la que no se encuentran presente el juez o los magistrados que componen el órgano jurisdiccional competente. Por su parte, el inciso 6 del artículo 121 del CGP prevé que "Será nula de pleno derecho la actuación posterior que realice el juez que haya perdido competencia para emitir la respectiva providencia", por el vencimiento de los términos máximos de duración del proceso. Por demás, también hay que recordar la nulidad de pleno derecho de las pruebas obtenidas con violación del debido proceso, prevista en el inciso final del artículo 29 de la Constitución Política».

De lo anterior, se tiene que sí es viable declarar la nulidad de la sentencia cuando el juez que la profiere carece de competencia, por los factores subjetivo o funcional, comoquiera que se trata de una nulidad insaneable, y no por los demás factores, pues, estos se entienden saneados, si no son alegados oportunamente.

Por lo anterior, es necesario precisar que el **factor subjetivo** de competencia está determinado por «las personas que son interesadas o parte en el proceso», mientras que el **factor funcional**²³ «comprende la llamada competencia vertical [...] y comprende tanto la competencia por grado como según la etapa procesal en que se desenvuelva» y «la que se basa en la división del proceso en etapas, cuando tales etapas están confiadas por la ley en su conocimiento a jueces diversos»²⁴.

Siendo así, el planteamiento de falta de competencia realizado por el demandante, se analizará a la luz de las directrices fijadas tanto por la ley, como por la jurisprudencia sobre la materia, advirtiendo que, como bien lo precisó la Corte Constitucional en la sentencia que se transcribió, la falta de competencia, como causal de nulidad, por factores como el objetivo²⁵, el

²³ La Subsección B de la Sección Segunda de esta Corporación, en sentencia del 30 de marzo de 2017, radicación número: 11001-03-25-000-2016-00674-00(2836-16), M.P. César Palomino Cortés, se refirió en torno al factor funcional de competencia, en la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, en los siguientes términos: «En cuanto al factor funcional, las reglas de competencia permiten distribuir los diferentes asuntos de conocimiento de la Jurisdicción de lo Contencioso administrativo de primera y de segunda instancia entre los diferentes funcionarios judiciales, dependiendo de diferentes aspectos, tales como: el nivel de autoridad o calidad del funcionario que expide el acto, la naturaleza del acto administrativo objeto de control, el tipo de sanción y la cuantía de las pretensiones, entre otros.»

²⁴ Las citas del párrafo corresponden a la Corte Constitucional, Sentencia T-308 de 2014, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

²⁵ En la sentencia indicada en el pie de página anterior, se definió el factor objetivo de competencia, así: «[...] por razón del litigio o la materia y es aquel criterio que sirve para

territorial²⁶ y el de conexidad, se deben dar por saneados, si no fueron invocados oportunamente.

Con fundamento en lo anterior, y comoquiera que el demandante actuó en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho hasta su culminación, sin alegar las causales de nulidad por los factores objetivo, territorial y de conexidad, cualquiera de ellas que se hubiera configurado en el proceso se deberá dar por saneada y, por ende, escapa el análisis de la Sala.

Precisado lo anterior, se debe indicar que la falta de competencia a que se refirió el demandante es la funcional, la cual, según su escrito, se deriva de que los fundamentos del recurso de apelación no tenían relación con la materia de controversia y, por ello, el Tribunal no debió pronunciarse.

En torno al factor funcional de competencia, además de lo expuesto previamente, se debe decir que la doctrina ha sostenido que se refiere al juez competente para conocer cada una de las instancias y que no es un factor exclusivo de asignación de competencias, sino que actúa de manera coordinada con otros. Así se ha señalado:

En suma, cuando la ley dispone que un funcionario judicial debe conocer de un proceso en determinada oportunidad, en primera instancia, ora en segunda, bien en única instancia, ya en el trámite propio de la casación en segunda, bien en única, ya en el trámite propio de la casación (que algunos señalan es una tercera

especializar las áreas de la jurisdicción: penal, civil, administrativa, etc., por eso es llamada en razón al litigio dada por el proceso y la cuantía».

²⁶ «El factor territorial para asignar competencia es aquella designación de juez que, de entre los que están en su mismo grado, su sede lo haga el más idóneo o natural para el caso en concreto» La transcripción corresponde a la sentencia que se indicó en los dos pie de página que anteceden.

instancia), está asignando la competencia en virtud del factor funcional y es por eso que todo artículo que señala competencia, acude al mismo; [...]

El factor funcional se encuentra también reconocido en los arts. 30 y 32 del CGP., que se refieren a la competencia funcional de la Corte y los Tribunales, al destacar qué procesos conocen los funcionarios encargados de administrar justicia en virtud de dicho factor, aun cuando se debe resaltar que si bien este factor se aplica en todos los eventos de asignación de competencia, en ningún caso se contempla de manera exclusiva el factor funcional pues siempre actúa coordinadamente con otros, en especial con el objetivo.²⁷

Con base en lo anterior, es necesario analizar si, a la luz de las competencias asignadas por el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca carecía de competencia funcional para resolver el recurso de apelación interpuesto por la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional, en contra de la sentencia proferida por el Juzgado Doce Administrativo de descongestión del Circuito Judicial de Bogotá. Para tal efecto, se ha de señalar que el Código Contencioso Administrativo²⁸ en sus artículos 133 y 134B fijó la competencia de los jueces administrativos²⁹ en primera instancia y de los tribunales, en segunda, y en torno a estos últimos, consagró:

²⁷ LÓPEZ Blanco, Hernán Fabio, Código General del Proceso, parte general, Dupre Editores, Ltda., 2016, páginas 255 y 256.

²⁸ Vigente al momento en que se instauró la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho -19 de abril de 2012- folio 22 del cuaderno del proceso ordinario.

²⁹ **Artículo 134-B. Competencia de los jueces administrativos en primera instancia**

1. De los procesos de nulidad y restablecimiento del derecho de carácter laboral, que no provengan de un contrato de trabajo, en los cuales se controvertan Actos Administrativos de cualquier autoridad, cuando la cuantía no exceda de cien (100) salarios mínimos legales mensuales.

2. De los procesos de nulidad y restablecimiento del derecho que carezcan de cuantía, cuando se trate de controversias que se originen en una relación laboral legal y reglamentaria o cuando se controvertan Actos Administrativos de carácter laboral expedidos por autoridades del orden nacional, con excepción de los actos referentes a la declaratoria de unidad de

Artículo 133. Competencia de los tribunales administrativos en segunda instancia:

1. **De las apelaciones y consultas de las sentencias dictadas en primera instancia por los Jueces Administrativos** y de las apelaciones de autos susceptibles de este medio de impugnación, así como de los recursos de queja cuando no se conceda el de apelación o se conceda en un efecto distinto del que corresponda.
2. De las apelaciones contra el mandamiento de pago, la sentencia de excepciones, el auto aprobatorio de liquidación de crédito y el auto que decreta nulidades procesales, que se interpongan en los procesos por jurisdicción coactiva de que conozcan los funcionarios de los distintos órdenes, cuando la cuantía exceda de quinientos (500) salarios mínimos legales mensuales.
3. De los recursos de queja contra la providencia que niegue el recurso de apelación o se conceda en un efecto distinto del que corresponda, en los asuntos de que trata el numeral anterior. (Resalta la Sala).

Lo anterior, permite llegar a la conclusión de que el Tribunal Administrativo de Cundinamarca sí tenía competencia funcional para decidir el recurso de apelación planteado por CASUR en contra de la sentencia dictada por el aludido

empresa y a la calificación de huelga, cuya competencia corresponde al Consejo de Estado en única instancia.

3. De los procesos de nulidad y restablecimiento del derecho en que se controviertan Actos Administrativos de cualquier autoridad, cuando la cuantía no exceda de trescientos (300) salarios mínimos legales mensuales.
4. De los procesos que se promuevan sobre el monto, distribución o asignación de impuestos, contribuciones y tasas nacionales, departamentales, municipales o distritales, cuando la cuantía no exceda de trescientos (300) salarios mínimos legales mensuales.
5. <Ver Notas del Editor en relación con los textos subrayados, que no hacen parte del texto original, los cuales considera derogados el Consejo de Estado> De los referentes a contratos de las entidades estatales en sus distintos órdenes, y de los contratos celebrados por entidades prestadoras de servicios públicos domiciliarios, cuando su finalidad esté vinculada directamente a la prestación del servicio, cuando la cuantía no exceda de quinientos (500) salarios mínimos legales mensuales.

juzgado administrativo y ello da lugar a concluir que no se configura la causal de nulidad alegada y por ende, se debe declarar infundado el recurso extraordinario de revisión invocado.

En todo caso, es necesario precisar que el reproche planteado por el demandante consistió en que el contenido del recurso de apelación no tenía relación con el objeto del litigio y mucho menos con lo decidido en la sentencia de primera instancia; por ello, el tribunal no debió pronunciarse, ante la evidente incongruencia entre lo decidido por el juzgado y el objeto del recurso; sin embargo, la Sala estima que tales argumentos no pueden ser materia de análisis en el recurso extraordinario incoado, sino que debieron ponerse de relieve en la oportunidad procesal correspondiente, esto es, en la etapa de alegatos de conclusión, para advertir al juzgador de segunda instancia acerca de tal inconsistencia.

De conformidad con lo expuesto, se declarará infundado el recurso extraordinario de revisión propuesto por el señor Luis Eduardo Herreño Velasco, al encontrarse acreditado que los cargos expuestos se dirigen a controvertir un debate legalmente concluido que ya hizo tránsito a cosa juzgada.

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 de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA:

PRIMERO. DECLÁRASE infundado el recurso extraordinario de revisión interpuesto por el señor Luis Eduardo Herreño Velasco contra la sentencia de 22 de julio de 2014 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección E, que revocó la decisión del Juzgado Doce Administrativo de Descongestión del Circuito Judicial de Bogotá que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO. En firme esta providencia, archívese el recurso extraordinario.

Cópiese, notifíquese y una vez ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente de nulidad y restablecimiento del derecho, al juzgado de origen.

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

WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ

GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ

RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS

AEG.