

RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISION - Procedencia. Términos. Requisitos. Causales

La Sección Primera del Capítulo III del Título XXIII del Libro 4° del Código Contencioso Administrativo -con las modificaciones que le introdujo el artículo 57 de la Ley 446 de 1998- dispone que 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 (artículo 185), el cual deberá interponerse dentro de los dos años siguientes a la ejecutoria de la respectiva sentencia (artículo 187), mediante demanda que debe reunir los requisitos prescritos por el artículo 137 de ese mismo Estatuto Procesal, con indicación precisa y razonada de la causal en que se funda, acompañada de los documentos necesarios y las pruebas documentales que el recurrente tenga en su poder y pretenda hacer valer (artículo 189). Las causales que pueden proponerse como fundamento de este recurso, enlistadas de manera taxativa en el artículo 188 del Código Contencioso Administrativo, dan cuenta de la naturaleza eminentemente procedimental de los vicios o errores que, de conformidad con la ley procesal, son los únicos que permiten la revisión de la sentencia por la vía del recurso extraordinario que se analiza. Ciertamente, a excepción de la causal del numeral 5°, referida a la violencia o cohecho en que se pudo incurrir en el pronunciamiento del fallo, ninguno de los yerros que se relacionan en los numerales del mencionado artículo se refiere de modo directo a la actividad analítica del juez, dado que ninguno cuestiona la labor intelectual de juzgamiento, sino que todos involucran, bien sea una irregularidad de carácter procesal (numeral 6°, referido a la existencia de causal de nulidad originada en la sentencia, y numeral 8°, referido al desconocimiento de la cosa juzgada), o bien, aspectos que atañen a la validez intrínseca o insuficiencia de los elementos de prueba que determinaron el sentido de la decisión (numerales 1°, 2°, 3°, 4° y 7°). De modo que por la vía del recurso extraordinario de revisión no es posible reabrir el debate propio de las instancias, sino revisar la sentencia mediante la cual fue resuelta esa controversia a fin de determinar la justicia de ese pronunciamiento a la luz de estrictas causales legales.

NOTA DE RELATORIA: Sobre la naturaleza del recurso extraordinario de revisión: Consejo de Estado, Sala Plena, sentencias de 12 de julio de 2005, Rad. REV-00143 y de 18 de octubre de 2005, Rad. REV-0226; Corte Constitucional, sentencias C-418 de 1994 y T-966 de 2005. Sobre la procedencia del recurso extraordinario de revisión: Consejo de Estado, Sala Plena, sentencias de 18 de octubre de 2005, Rad. REV-00173, de 26 de julio de 2005, Rad. REV-00177, de 8 de noviembre de 2005, Rad. REV-00218 y de 7 de febrero de 2006, Rad. REV-00150.

FUENTE FORMAL: CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTICULO 187 / CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - 188 / CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - 189 / LEY 446 DE 1998 - ARTICULO 57

RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISION - Causal de nulidad originada en la sentencia / CAUSAL DE NULIDAD ORIGINADA EN LA SENTENCIA - Procedencia. Exige que el vicio se configure al momento de proferirse el fallo. Puede alegarse una nulidad originada antes de la sentencia pero que no pudo advertirse / NULIDAD ORIGINADA EN LA SENTENCIA - Causales de nulidad del proceso del artículo 140 Código de Procedimiento Civil

La causal del recurso extraordinario de revisión a la que acude la Sociedad recurrente es la prevista en el numeral 6° del artículo 188 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 57 de la Ley 446 de 1998, cuyo tenor literal es el siguiente: "Artículo 188.- Causales de Revisión. Son causales de revisión: (...) 6°. Existir nulidad originada en la sentencia que puso fin al proceso y

contra la que no procede recurso de apelación.” Cuando la norma se refiere a la “nulidad originada en la sentencia” exige que el vicio se configure en el preciso momento procesal en que se profiere la sentencia, por desconocimiento grave o insaneable de alguna ritualidad sustantiva propia de esa actuación. Dichas restricciones se explican por la naturaleza extraordinaria del recurso de revisión, en cuanto vía procesal que hace excepcionalmente posible la infirmación de una sentencia ejecutoriada y, por tanto, el quebrantamiento de la cosa juzgada. No será posible, entonces, alegar como causal del recurso extraordinario de revisión la nulidad acaecida en una etapa previa a la sentencia, máxime si se advierte que la proposición de nulidades procesales se encuentra sometida a las reglas de oportunidad y legitimación previstas en el artículo 142 del Código de Procedimiento Civil, sin perjuicio del deber que el artículo 145, íbidem, impone al juez de declarar de oficio las nulidades insaneables que observe “antes de dictar sentencia”. No obstante, la jurisprudencia de esta Sala ha aceptado la posibilidad de alegar como nulidad originada en la sentencia aquella que, aunque ocurrida en momento anterior al de la emisión del fallo definitivo no apelable, no pudo ser advertida por el recurrente durante el curso del proceso. En época más reciente, la Sala Plena consideró que sólo podían considerarse motivos de nulidad originada en la sentencia, para efectos del recurso extraordinario de revisión, las causales que como nulidad del proceso taxativamente señala el artículo 140 del Código de Procedimiento Civil.

NOTA DE RELATORIA: Sobre la causal de nulidad originada antes del fallo pero que no pudo advertirse en el proceso: Consejo de Estado, Sala Plena, sentencia del 20 de abril de 2004, Rad. REV-00132. Sobre las causales de nulidad del proceso como motivos de nulidad originados en la sentencia: Consejo de Estado, Sala Plena, sentencias de 11 de mayo de 1998, Rad. REV-00093.y del 18 de octubre de 2005, Rad. REV- 00239.

FUENTE FORMAL: CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - 188 / LEY 446 DE 1998 - ARTICULO 57

FALTA DE COMPETENCIA - Concepto. Causal de nulidad procesal saneable excepto por el factor funcional / INCOMPETENCIA POR FACTOR FUNCIONAL - Insaneable

El recurrente sostiene que la sentencia cuestionada incurre en la causal de nulidad del numeral 2° del artículo 140 del Código de Procedimiento Civil, según la cual “El proceso es nulo en todo o en parte, solamente en los siguientes casos: (...) 2. Cuando el juez carece de competencia”. Dicha causal de nulidad está referida al desconocimiento de las reglas procesales que determinan la competencia para tramitar y decidir el asunto, bien sea por la calidad de las partes (factor subjetivo), la materia o el valor (factor objetivo), el territorio (factor territorial), o por la distribución vertical de funciones entre jueces (factor funcional). Al tenor de lo dispuesto en el numeral 5° del artículo 144 del Código de Procedimiento Civil, la incompetencia del fallador es una causal de nulidad procesal de naturaleza saneable, a menos que la falta de competencia se configure por el factor funcional, también llamado vertical o de instancia. En efecto, esa norma dispone el saneamiento del vicio procesal que se analiza “cuando la falta de competencia distinta de la funcional no se haya alegado como excepción previa. Saneada esta nulidad, el juez seguirá conociendo del proceso”. La nulidad procesal alegada es aquella que, según el recurrente, se originó en la sentencia de segunda instancia por falta de competencia del juez ad quem para pronunciarse en grado jurisdiccional de consulta y, por tanto, con plena competencia, sobre la decisión del a quo, que fue apelada parcialmente. En estas circunstancias, la nulidad resultaría insaneable por falta parcial de competencia funcional.

FUENTE FORMAL: CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTICULO 140 - NUMERAL 2 / CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTICULO 144 - NUMERAL 5

GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA - Procedencia / SENTENCIA DECLARATIVA - Concepto / SENTENCIA CONDENATORIA - Concepto / SENTENCIA CONSTITUTIVA - Concepto / PROCEDIBILIDAD DE LA CONSULTA - Frente a sentencias condenatorias que imponen una obligación económica a cargo de la entidad pública

Plantea el recurrente que el juez de segunda instancia no estaba facultado para revisar, en grado jurisdiccional de consulta, el fallo del a quo, parcialmente apelado. Y llega a esa conclusión, en cuanto entiende que, si bien la decisión no apelada era adversa a la administración (nulidad del acto administrativo demandado en nulidad y restablecimiento del derecho), la misma no constituía condena contra la entidad pública demandada y, por tanto, no convertía en consultable ante el superior la sentencia parcialmente apelada. Para estudiar la procedencia del recurso, es del caso determinar si el vicio imputado se produjo antes o en el momento de proferir el fallo. En otras palabras, examinar si la irregularidad constitutiva de la nulidad invocada puede calificarse como "originada en la sentencia". Para este propósito se observa que el demandante interpuso recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, el cual fue concedido por el Tribunal Administrativo de Santander. Luego, el recurso fue admitido por la Sección Segunda, Subsección A, del Consejo de Estado, por auto del 25 de junio de ese mismo año. Posteriormente, por auto del 26 de agosto siguiente, el Consejero sustanciador ordenó correr traslado a las partes y al Agente del Ministerio Público por el término de diez días para que presentaran sus alegatos por escrito. Finalmente, el 12 de septiembre de 1997 el asunto regresó al Despacho del Ponente para fallo. Nótese que en la segunda instancia al recurso se le dio el trámite de la apelación, pues no de otro modo se entiende que el traslado a las partes se haya concedido por diez días y no por cinco días, como corresponde a la consulta (artículo 184 del Código Contencioso Administrativo). De manera que no fue antes de dictar sentencia, sino en el texto de la providencia que puso fin a la controversia, que la Sección Segunda, Subsección A, resolvió asumir el "conocimiento pleno" de la sentencia de primera instancia parcialmente apelada, como si se tratara del grado jurisdiccional de consulta. Comoquiera que la providencia citó como única razón para asumir el conocimiento pleno del asunto el hecho de que la sentencia apelada "contiene una condena contra una entidad pública" y aunque la providencia no es explícita en este punto, se entiende que la asunción de plena competencia sólo pudo sustentarse en lo dispuesto en el artículo 184 del Código Contencioso Administrativo, sobre el grado jurisdiccional de consulta, en la versión de esa norma -entonces vigente- aplicable al caso, según la cual eran consultables las providencias dictadas en primera instancia que liquidaran una condena u obligación impuesta en abstracto a cualquier entidad pública, siempre que no fueran apeladas por la administración. El recurrente afirma que la sentencia del a quo no era consultable por no contener una condena, ni en concreto ni en abstracto, contra la entidad pública demandada. La doctrina jurídica en materia procesal ha elaborado criterios para distinguir las sentencias que declaran la existencia o inexistencia de una relación jurídica; diferentes de las sentencias de condena que son las que imponen al demandado una obligación de dar, de hacer, o de no hacer; y las constitutivas que crean, modifican o extinguen por sí mismas un estado jurídico, introduciendo una estructura o situación jurídica nueva. Por tanto, las sentencias consultables son aquellas condenatorias que imponen una obligación de carácter económico a cargo de cualquier entidad pública. Es necesario agregar que, a pesar de que el texto entonces vigente del artículo 184 del Código Contencioso Administrativo no estableció un monto o cuantía para la procedibilidad de la consulta,

la jurisprudencia de esta Corporación siempre consideró necesario, para ese efecto, tener en cuenta el monto de la condena impuesta.

NOTA DE RELATORIA: Sobre la necesidad de tener en cuenta el monto de la condena impuesta en el grado jurisdiccional de consulta: Consejo de Estado, Sección Tercera: autos del 18 de noviembre de 1994, Rad. 10221 y de 13 de julio de 1995, Rad. 10945, y sentencia del 18 de mayo de 2000, expediente 11707.

FUENTE FORMAL: CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTICULO 184

INCOMPETENCIA FUNCIONAL COMO CAUSALIDAD DE NULIDAD DE LA SENTENCIA - Se configura si fallador asume el conocimiento del grado jurisdiccional de consulta cuando el marco de competencia es el recurso de apelación

Establecidos los requisitos de procedibilidad del grado jurisdiccional de consulta, es preciso estudiar si la sentencia proferida el 3 de febrero de 1997 por el Tribunal Administrativo de Santander era o no consultable ante el superior funcional. Como se anotó en los antecedentes de esta providencia, las pretensiones de la demanda consistieron en: i) la declaración de nulidad de la Resolución que declaró la insubsistencia del nombramiento del actor como Auditor Regional; ii) el reconocimiento y pago de la bonificación por “su retiro a causa de la reestructuración de la Contraloría y supresión de su cargo”; y iii) subsidiariamente, en caso de no obtener la bonificación, “que se le restablezca en el servicio en un cargo equivalente o superior y se le reconozcan los salarios y prestaciones dejados de devengar sin solución de continuidad para todos los efectos legales y prestacionales”. El fallo acusado resolvió tales pretensiones en el sentido de declarar sólo la nulidad del acto de insubsistencia acusado y denegar todas las prestaciones de restablecimiento del derecho. Así las cosas, es evidente que la providencia de primera instancia no era susceptible de ser conocida por el superior en grado jurisdiccional de consulta y, menos aún cuando sólo apeló el demandante, respecto de una de las decisiones para él desfavorables, es decir, con exclusión de la declaración judicial de nulidad del acto acusado. Por ende, no podía la Sección Segunda, Subsección A, del Consejo de Estado asumir frente a lo decidido en la sentencia parcialmente apelada “un conocimiento pleno”, pues al no existir condena económica que afectara el erario faltó el requisito de procedibilidad para conocer del grado jurisdiccional de consulta. El fallador de segundo grado asumió una competencia funcional que no le correspondía al revisar sin limitación alguna el fallo de primera instancia, incluida la declaración de nulidad del acto acusado, con violación del principio de la no reformatio in pejus y excediendo, con ello, el marco de su competencia al cual, como juez de la apelación, se encontraba sometido. En efecto, mientras que el grado de consulta faculta al superior para revisar la totalidad de lo decidido por el inferior, el recurso de apelación impide al ad quem pronunciarse sobre los aspectos no apelados de la decisión impugnada (artículo 357 del Código de Procedimiento Civil).

FUENTE FORMAL: CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTICULO 357

NULIDAD DE ACTO ADMINISTRATIVO DE INSUBSISTENCIA - Implica el restablecimiento del derecho / RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO POR NULIDAD DE ACTO ADMINISTRATIVO DE INSUBSISTENCIA - Si el cargo fue suprimido no procede el reintegro. Pago de prestaciones sociales procede por el tiempo que hubiera permanecido el servidor en el cargo

En principio, “la nulidad de un acto administrativo que dispone el retiro del servicio de un empleado, implica la orden de reintegrarlo al servicio y pagarle todos los salarios prestaciones y demás derechos que se hubieran causado en su favor,

haciendo la ficción de que para efectos laborales no hubo solución de continuidad en la relación laboral (...) se deben regresar las cosas al estado anterior, ordenando el pago de los salarios y prestaciones dejados de devengar porque para todos los efectos legales, se debe entender que durante dicho tiempo permaneció vinculado con la administración". De manera que, declarada la nulidad del acto administrativo de insubsistencia, la cuestión por resolver no es otra que el restablecimiento del derecho que surge como consecuencia de la invalidación. Y para determinar el restablecimiento particular y concreto del derecho, es necesario constatar la situación jurídica y fáctica en que se encontraba el servidor al momento en que se profirió el acto de insubsistencia para, de ser posible, ordenar que la situación del actor retorne al estado en que se encontraba en ese momento, como si el acto nulo no hubiera existido. Para la fecha de la expedición del acto acusado (19 de julio de 1994), el demandante se encontraba vinculado a la Contraloría General de la República, prestando sus servicios en el cargo de Auditor Regional, Nivel Ejecutivo, Grado 4 de la Auditoría Regional ante el Servicio de Salud de Bucaramanga, empleo que desempeñó hasta el 5 de agosto de 1994, según consta en la certificación expedida el 17 de agosto de 1994 por el Director de la Oficina Seccional para Santander de la Contraloría General de la República. En este punto del análisis debe advertirse que para esa fecha el citado cargo estaba transitoriamente vigente en la planta de personal de la Contraloría General de la República. Sin embargo, según la Ley 106 de 1993, el cargo desempeñado por el demandante no podía tener existencia sino hasta el 30 de diciembre de 1994, entonces, el restablecimiento debe consistir, no en el reintegro –que es jurídica y materialmente imposible–, sino en el reconocimiento de los de sueldos y prestaciones dejados de devengar, lo cual operará desde la fecha de insubsistencia hasta el 30 de diciembre de 1994, momento hasta el cual, por mandato de la ley, el cargo tuvo vigencia. Es destacable que en reciente sentencia de esta Sala Plena se estableció que el reintegro y el pago de prestaciones sociales procede "por el tiempo en que legalmente hubiera permanecido el servidor público en el cargo, teniendo en cuenta las situaciones laborales específicas como la supresión posterior del empleo, empleos de período fijo, edad de retiro forzoso, reintegro posterior al cargo, haber alcanzado el estatus de pensionado, etc."

NOTA DE RELATORIA: Sobre el restablecimiento en sentencias de nulidad de acto administrativo de insubsistencia: Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencias del 16 de febrero de 2006, Rad. 1011-05 y de 8 de agosto de 1966, Rad. 7163. Sobre el reintegro y pago de prestaciones por el tiempo que se hubiera permanecido en el cargo: Sala Plena, sentencia de 29 de enero de 2008, Rad. 2046.

FUENTE FORMAL: LEY 106 DE 1993

REINTEGRO - Debe probarse que en nueva planta de personal existe cargo en que se cumplen requisitos legales / REINTEGRO - Debe probarse mejor derecho que servidor que desempeña el cargo

Se precisa que para obtener el reintegro a un cargo similar o superior de la nueva planta de personal, es carga del demandante demostrar que en esa nueva planta existen cargos para los cuales no sólo cumple los requisitos legales, sino que ostenta un mejor derecho a ser nombrado que el que le asiste a cada uno de los servidores que allí se desempeñan (v. gr., porque a diferencia del actor, éstos no ingresaron a la carrera administrativa). De no ser así, el desplazar a estos servidores por mandato judicial implicaría el desconocimiento, en forma grave, de sus legítimos derechos. En este caso el actor no adujo ni presentó prueba alguna para que, de conformidad con lo antes expuesto, su reintegro al servicio fuera

procedente en un cargo de la nueva planta de personal adoptada mediante la Ley 106 de 1993. En todo caso, no sobra agregar que la supresión del cargo de Auditor Regional que obró por virtud de la Ley 106 de 1993, no tuvo finalidad distinta que la de ajustar la planta de personal de la Contraloría General de la República a las tareas que le asignó la Constitución Política de 1991, las cuales implicaron el abandono del modelo de control fiscal previo, reemplazado por el control fiscal posterior y selectivo que impuso la nueva Carta (artículo 267 constitucional). Para la fecha de esta sentencia, no procede, entonces, el restablecimiento pretendido por el demandante, en cuanto solicita ser reintegrado en la nueva planta de personal, en un cargo “equivalente o superior” al que desempeñaba, pues la situación fáctica y jurídica en que se encontraba al momento de proferirse la decisión anulada, esto es, aquella situación que debe restablecerse como consecuencia de la anulación ordenada en primera instancia, no era otra que la de quien ocupaba un cargo transitoriamente vigente. Sin más consideraciones, es del caso revocar parcialmente el fallo impugnado, concretamente, la decisión que fue objeto de impugnación para, en su lugar, ordenar el reconocimiento de los de sueldos y prestaciones dejados de devengar, el cual operará desde el momento de su desvinculación efectiva hasta la fecha máxima de vigencia del cargo que ocupaba para ese entonces, esto es, hasta el 30 de diciembre de 1994.

NOTA DE RELATORIA: Sobre la posibilidad de reintegro solo hasta que sea jurídica y físicamente posible: Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia de 16 de febrero de 2006, Rad. 1011-05.

CONSEJO DE ESTADO

SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Consejero ponente: MAURICIO TORRES CUERVO

Bogotá, D. C ., dos (2) de marzo de dos mil diez (2010)

Radicación número: 11001-03-15-000-2001-00091-01(REV)

Actor: PEDRO ANTONIO DURAN DURAN

Demandado: CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA

Procede la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo a resolver el recurso extraordinario de revisión interpuesto contra la sentencia dictada el 25 de febrero de 1999 por la Sección Segunda, Subsección A, de esta Corporación.

I. ANTECEDENTES

1. LA DEMANDA

A.- PRETENSIONES

El Señor Pedro Antonio Durán Durán, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, presentó demanda en el Tribunal Administrativo de

Santander con el objeto de obtener la nulidad de la Resolución 04673 del 19 de julio de 1994, por la cual el Contralor General de la República declaró insubsistente su nombramiento como Auditor Regional, Nivel Ejecutivo, Grado 4 de la Auditoría Regional ante el Servicio de Salud de Bucaramanga.

A título de restablecimiento del derecho, el demandante solicitó el reconocimiento y pago de la bonificación a la que considera tener derecho *“por su retiro a causa de la reestructuración de la Contraloría y supresión de su cargo”*, debidamente ajustada en los términos del artículo 178 del Código Contencioso Administrativo.

En subsidio de lo anterior, solicitó *“que se le restablezca en el servicio en un cargo equivalente o superior, y se le reconozca los salarios y prestaciones dejados de devengar sin solución de continuidad para todos los efectos legales y prestacionales”*.

B.- HECHOS

Como fundamentos de hecho de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, el demandante sostuvo, en síntesis, lo siguientes hechos:

- 1°. El demandante al momento de su retiro, el 10 de agosto de 1994, desempeñaba el cargo de Auditor Regional, Nivel Ejecutivo, Grado 4 de la Auditoría Regional ante el Servicio de Salud de Bucaramanga. Cargo suprimido de la planta de personal de la Contraloría General de la República.
- 2°. El ordenamiento jurídico prevé que a quienes se les suprime el cargo y no sean incorporados en la nueva planta tienen derecho a una indemnización (Ley 73 de 1993) o a una bonificación (Ley 106 de 1993) por razón de su retiro. Por tanto, *“para el retiro de los funcionarios a quienes se les suprimía el cargo por razón de la reestructuración de la Contraloría, el Contralor no tenía una omnímoda facultad discrecional, sino que la ley le imponía un marco específico y además indemnizarlos”*.
- 3°. El Contralor General de la República, según la ley, *“tenía un año hasta el 30 de diciembre de 1994 para desarrollar e implantar la nueva planta, lapso durante el cual el actor tenía derecho a continuar vinculado al servicio”*.

- 4°. El acto administrativo por el cual se dispuso el retiro del demandante debió motivarse en la reestructuración de la planta de personal y, por tanto, incluir el reconocimiento y liquidación de la indemnización o de la bonificación consecuencial.

2. LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante sentencia del 3 de febrero de 1997, el Tribunal Administrativo de Santander declaró la nulidad de la Resolución número 04673 del 19 de julio de 1994 (numeral primero) pero denegó las demás súplicas de la demanda (numeral segundo).

Declaró la nulidad del acto acusado por falsa motivación, luego de advertir que *“al analizar las circunstancias concretas del aquí demandante, se arriba a la conclusión que su desvinculación obedeció simple y llanamente a la supresión del cargo de la nueva planta de personal (...) no fue precisamente la disponibilidad por razones del buen servicio, ínsita en el acto de insubsistencia, la causa próxima del retiro del demandante, sino precisamente la supresión del cargo (...) el nominador quiso ocultar las verdaderas razones que se tuvieron en cuenta para su expedición, consignando otras que tienen una connotación y naturaleza diferente (...) lo justo y apropiado era motivarlo informando al administrado que por razón de la reestructuración, el cargo quedaba suprimido (...) resulta ilógico que el acto se hubiera expedido para mejorar el servicio, cuando en verdad el cargo había sido suprimido”*.

No obstante lo anterior, negó las pretensiones de restablecimiento del derecho.

En relación con la pretensión principal de restablecimiento, concluyó que el demandante no tiene derecho a la indemnización de que trata la Ley 73 de 1993, porque ella sólo fue prevista para funcionarios vinculados al nivel técnico y no al ejecutivo, como era el caso del actor, y porque para tener derecho a la bonificación regulada en la Ley 106 de 1993 era necesario que el cargo suprimido fuera de carrera administrativa y no de libre nombramiento y remoción, como era el cargo ocupado por el demandante.

Y, respecto de la pretensión subsidiaria, consideró que la misma *“no es procedente, porque el cargo al que se tendría que reincorporar materialmente desapareció de la planta de personal de la institución”*.

3. RECURSO DE APELACION

El demandante apeló la decisión de primera instancia, precisando que dicha impugnación *“se interpone contra lo resuelto en la sentencia, a excepción de lo resuelto en el numeral primero de la parte resolutive”* (subraya el recurrente), pero sólo en cuanto a la negación de la pretensión subsidiaria de restablecimiento, consistente en el reintegro. Desistió, entonces, de la pretensión principal de restablecimiento, consistente en el pago de la indemnización y la bonificación reclamadas.

La entidad demandada no apeló el fallo de instancia, ni adhirió al recurso interpuesto por el demandante.

4. LA SENTENCIA OBJETO DEL RECURSO EXTRAORDINARIO

La Sección Segunda, Subsección A, de esta Corporación, mediante sentencia del 25 de febrero de 1999, resolvió el recurso de apelación interpuesto en el sentido de revocar la sentencia impugnada para, en su lugar, negar las súplicas de la demanda y declararse inhibida para emitir pronunciamiento de fondo sobre la pretensión de reconocimiento de la bonificación reclamada, por falta de agotamiento de la vía gubernativa respecto de esa petición.

Para asumir la competencia, señaló lo siguiente:

“Dirá la Sala que no obstante que la sentencia sólo fue apelada por el demandante, contiene una condena contra una entidad pública razón por la cual tiene sobre ella un conocimiento pleno”.

Encontró el ad quem que en el expediente no obra prueba de que el demandante hubiera solicitado a la entidad demandada el reconocimiento de la bonificación por supresión de su cargo. Por tanto, concluyó que respecto de esa pretensión el demandante no demostró el agotamiento de la vía gubernativa en la forma como lo exigen las normas por él invocadas, *“razón por la cual no cabe al respecto*

pronunciamiento alguno sobre el fondo, como se precisará en la parte resolutive de esta providencia”.

En relación con el cargo de falsa motivación, indicó que el cargo de Auditor Regional que ocupaba el demandante era de libre nombramiento y remoción y no otorgaba a su titular ningún fuero de estabilidad, por lo cual el nombramiento del actor *“podía declararse insubsistente en cualquier momento sin motivación alguna, como se hizo en el acto acusado, de acuerdo con la facultad discrecional que para el efecto confiere la ley al nominador”.*

Sobre la desviación de poder señaló que toda declaración de insubsistencia se presume inspirada en razones de buen servicio y que, en el caso concreto, tal presunción no fue desvirtuada por el demandante, quien alegó tal vicio en cuanto consideró que con su desvinculación no se buscó mejorar el servicio sino que dicha medida obedeció i) a la supresión de su cargo y ii) al ánimo de no reconocerle la bonificación a la cual, según él, tenía derecho.

Respecto de lo primero el fallo explicó que *“tanto la insubsistencia como la supresión tienen como finalidad primordial el mejoramiento del servicio”,* razón por la cual *“mal podía prosperar un vicio de desviación de poder por el único hecho de haberse dado el retiro del servicio por la supresión del cargo, y mucho menos aceptarse que por haberse usado para ello la insubsistencia, el nominador se alejó de las finalidades del mejor servicio. Si bien no resulta afortunado calificar como insubsistencia un retiro que obedece a la supresión del cargo, ello no alcanza a configurar desviación de poder, ni implica razones ajenas al buen servicio”.*

Sobre el ánimo de no reconocerle la bonificación, indicó que el demandante no probó que la real intención del acto acusado fuera la de no reconocer a su favor la bonificación reclamada. Anotó que la norma que creó tal bonificación (artículo 3° de la Ley 73 de 1993) fue declarada inexecutable (sentencia C-527 de 1994 de la Corte Constitucional) y que, en todo caso, se trataba de una prestación no aplicable a empleados vinculados a cargos de libre nombramiento y remoción.

Concluyó que *“no habiéndose desvirtuado la presunción de legalidad del acto de insubsistencia, no procede acceder a la pretensión del reintegro y el pago de salarios y prestaciones dejados de devengar”,* explicando que *“es ésta la razón por la cual se niega la pretensión subsidiaria y no la expuesta por el Tribunal, pues en manera*

alguna la reestructuración de la entidad puede impedir el restablecimiento del derecho del empleado ilegalmente retirado”.

4. EL RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISION

El demandante Pedro Antonio Durán Durán interpuso recurso extraordinario de revisión contra la sentencia de segunda instancia *“para que se invalide por estar viciada de nulidad y en tal evento se proceda a dictar la que en derecho corresponda”*. Todo ello con apoyo en la causal del numeral 6° del artículo 188 del Código Contencioso Administrativo, consistente en *“Existir nulidad originada en la sentencia que puso fin al proceso y contra la que no procede recurso de apelación”*.

Como sustento del recurso, afirmó que el juez ad quem, al momento de proferir fallo, *“abarcó competencia por fuera del objeto de la apelación”*, asumiendo de ese modo, en grado jurisdiccional de consulta, competencia ilimitada para revisar la totalidad de lo dispuesto en la sentencia parcialmente apelada, *“porque visto desde el ángulo del apelante único que restringió el objeto de la apelación a lo estrictamente desfavorable, los poderes del ad quem sólo estarían circunscritos a los motivos de inconformidad del recurrente”*.

Al respecto, expuso que, de conformidad con el artículo 184 del Código Contencioso Administrativo, el grado jurisdiccional de consulta no procede contra cualquier providencia adversa a la administración sino únicamente contra aquellas que concreta y expresamente impongan una o varias obligaciones a cargo de una entidad pública; alcance que en este caso no tenía la sentencia dictada en primera instancia por el Tribunal Administrativo de Santander, en cuanto *“declaró la ilegalidad del acto, pero no determinó de manera expresa las consecuencias de ello, no dispuso el pago de la bonificación demandada ni del reintegro solicitado de manera subsidiaria; de tal suerte, que la providencia no impuso de manera directa y expresa obligaciones a cargo de la Nación y/o Contraloría General de la República que era la entidad demandada”*.

Por no ser, a su juicio, consultable el fallo de primera instancia, concluyó que el ad quem excedió sus facultades al pronunciarse sobre aspectos para los cuales no tenía competencia, originando en su sentencia la causal de nulidad prevista en el numeral 2° del artículo 140 del Código de Procedimiento Civil, aplicable al caso por remisión del artículo 165 del Código Contencioso Administrativo.

5. CONTESTACION DEL RECURSO

El apoderado de la Contraloría General de la República intervino en el proceso para oponerse a la prosperidad del recurso extraordinario.

En primer término, sostuvo la improcedencia del recurso dado que en este caso se pretende por el recurrente la revisión de una sentencia que decidió un recurso de apelación, a pesar de que la causal invocada exige que la nulidad se origine en una sentencia *“contra la que no procede recurso de apelación”*.

De otra parte, adujo que el recurso es inocuo si se advierte que la providencia cuestionada no quebrantó el principio de *“no reformatio in pejus”*, pues, independientemente de los argumentos expuestos en cada caso, tanto la decisión de primera como la de segunda instancia coinciden en negar la pretensión de reintegro. Es decir, *“aunque se aceptara que el Consejo no podía pronunciarse sobre la legalidad de la resolución demandada, único aspecto que en criterio del recurrente extraordinario le estaría vedado, lo cierto es que en ambos casos la consecuencia jurídica sería idéntica (...) independientemente de las razones que en cada caso se esgrimieron”*.

Por último, precisó que *“el Consejo de Estado sí tenía competencia para pronunciarse sobre la petición de reintegro, único aspecto apelado por la parte actora. Sólo que, al encontrar una falla jurídica en el fallo de primera instancia, decidió hacer uso de sus facultades de juez ad quem, sin que ello implicara hacer más gravosa la situación de la parte demandante”*.

II. CONSIDERACIONES

Competencia.

De conformidad con lo dispuesto en los artículos 33, numeral 4°, y 57 de la Ley 446 de 1998, que modificaron los artículos 97 y 186 del Código Contencioso Administrativo, respectivamente, esta Sala es competente para conocer del recurso extraordinario de revisión interpuesto oportunamente por el Señor Pedro Antonio Durán Durán contra la sentencia dictada el 25 de febrero de 1999 por la Sección Segunda, Subsección A, de la Sala de lo Contencioso Administrativo de esta Corporación.

El recurso extraordinario de revisión.

La Sección Primera del Capítulo III del Título XXIII del Libro 4° del Código Contencioso Administrativo -con las modificaciones que le introdujo el artículo 57 de la Ley 446 de 1998- dispone que 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 (artículo 185), el cual deberá interponerse dentro de los dos años siguientes a la ejecutoria de la respectiva sentencia (artículo 187), mediante demanda que debe reunir los requisitos prescritos por el artículo 137 de ese mismo Estatuto Procesal, con indicación precisa y razonada de la causal en que se funda, acompañada de los documentos necesarios y las pruebas documentales que el recurrente tenga en su poder y pretenda hacer valer (artículo 189).

Las causales que pueden proponerse como fundamento de este recurso, enlistadas de manera taxativa en el artículo 188 del Código Contencioso Administrativo, dan cuenta de la naturaleza eminentemente procedimental de los vicios o errores que, de conformidad con la ley procesal, son los únicos que permiten la revisión de la sentencia por la vía del recurso extraordinario que se analiza. Ciertamente, a excepción de la causal del numeral 5°, referida a la violencia o cohecho en que se pudo incurrir en el pronunciamiento del fallo, ninguno de los yerros que se relacionan en los numerales del mencionado artículo se refiere de modo directo a la actividad analítica del juez, dado que ninguno cuestiona la labor intelectual de juzgamiento, sino que todos involucran, bien sea una irregularidad de carácter procesal (numeral 6°, referido a la existencia de causal de nulidad originada en la sentencia, y numeral 8°, referido al desconocimiento de la cosa juzgada), o bien, aspectos que atañen a la validez intrínseca o insuficiencia de los elementos de prueba que determinaron el sentido de la decisión (numerales 1°, 2°, 3°, 4° y 7°).

Como lo sostuvo esta Sala Plena en anterior oportunidad, *“la naturaleza del recurso extraordinario de revisión pretende conciliar nociones esenciales del ordenamiento legal, como lo son la seguridad jurídica que representa el principio de inmutabilidad de las sentencias ejecutoriadas, o la cosa juzgada material y el principio de restablecimiento de la justicia material que persigue asegurar la vigencia de un orden justo, propuesto por el Preámbulo de la Constitución Política”*¹. Y, precisamente, bajo ese entendimiento, en esa misma oportunidad sostuvo que *“el recurso extraordinario*

¹ Sentencia del 12 de julio de 2005, expediente REV-00143, reiterada en sentencia del 18 de octubre de 2005, expediente REV-00226.

de revisión conlleva una limitación a la seguridad jurídica que representan las sentencias ejecutoriadas, constituye un medio excepcional de impugnación, que permite cuestionar una sentencia que está amparada por el principio de cosa juzgada material”.

A su turno, en el mismo sentido la Corte Constitucional entiende que el recurso extraordinario de revisión permite el ejercicio de una verdadera acción contra decisiones injustas, a fin de restablecer la justicia material del caso concreto². Por ello, dice la Corte, *“El recurso de revisión ha sido establecido para respetar la firmeza de los fallos, con miras a preservar la certeza y obligatoriedad incondicional que acompaña a las decisiones de los jueces, sin perjuicio de la necesidad de hacer imperar en ellos los dictados constitucionales y los imperativos legales, artículos 2º, 29 y 230 C.P.”*³.

Sobre los criterios para la procedencia de este recurso esta Sala Plena ha expuesto lo siguiente⁴:

“Este medio extraordinario de impugnación en la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo lo erige el Legislador como excepción al principio de la inmutabilidad de las sentencias que hacen tránsito a cosa juzgada material; y con él se abre paso a la posibilidad de controvertir un fallo ejecutoriado, en relación con los hechos y sus pruebas, siempre que el mismo resulte contrario a la Justicia y al Derecho, de acuerdo con las causales establecidas en el artículo 188 del Código Contencioso Administrativo y con el único fin de que se produzca una decisión ajustada a la ley.

(...)

La Corte Suprema de Justicia⁵, Corporación judicial que también conoce del recurso extraordinario de revisión sobre ciertos fallos dictados por la jurisdicción ordinaria, ha precisado sobre la naturaleza y fines del recurso extraordinario de revisión, aplicables a su homólogo de revisión surtido ante la jurisdicción Contencioso Administrativa, que () 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

² Sentencia C-418 de 1994.

³ Sentencia T-966 de 2005.

⁴ Sentencia del 18 de octubre de 2005, expediente REV-00173, reiterada en sentencia del 7 de febrero de 2006, expediente REV-00150.

⁵ Sala de Casación Civil y Agraria; sentencia de 3 de septiembre de 1996; exp. No. 5231.

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’.”

En similar sentido, sostuvo en otra oportunidad⁶:

“Es de aclarar que el recurso de revisión no implica el desconocimiento de los principios de la cosa juzgada y de la presunción de legalidad y acierto de las decisiones judiciales, sino que, al no ser directrices de carácter absoluto, en determinadas circunstancias deben ceder ante las razones consagradas específicamente en la ley.

Lo anterior no significa que se desconozca la importancia de la estabilidad y certeza de las providencias judiciales en aras de mantener el orden jurídico y social; antes bien, es precisamente en atención a esta finalidad que el recurso de revisión se consagró como un medio de impugnación extraordinario, por lo que sólo procede en los casos señalados por el artículo 188 del Código Contencioso Administrativo.

(...)

Ahora bien, es importante enfatizar que las causales de revisión consagradas por la ley tienen por objeto garantizar la justicia de la sentencia, el principio de la cosa juzgada y el derecho de defensa, siempre y cuando hubieren sido transgredidos por motivos trascendentes o externos al proceso. La estructura interna del fallo, esto es, la normatividad sustancial en la cual se fundamentó, no es atacable por la vía del recurso de revisión, dado que los errores en que haya podido incurrir el juez son aspectos ajenos a este medio de impugnación⁷.”

De modo que por la vía del recurso extraordinario de revisión no es posible reabrir el debate propio de las instancias, sino revisar la sentencia mediante la cual fue resuelta esa controversia a fin de determinar la justicia de ese pronunciamiento a la luz de estrictas causales legales.

La causal de revisión propuesta: nulidad originada en la sentencia.

La causal del recurso extraordinario de revisión a la que acude la Sociedad recurrente es la prevista en el numeral 6° del artículo 188 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 57 de la Ley 446 de 1998, cuyo tenor literal es el siguiente:

“Artículo 188.- Causales de Revisión. Son causales de revisión:

⁶ Sentencia del 26 de julio de 2005, expediente REV-00177, reiterada en sentencia del 8 de noviembre de 2005, expediente REV-00218.

⁷ Cf. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 31 de enero de 1997, M.P. doctor Humberto Murcia Ballén y Hernando Morales Molina, *Curso de derecho procesal civil. Parte General*, Bogotá, Editorial ABC, 1991, págs. 685 y 686.

(...)

6°. *Existir nulidad originada en la sentencia que puso fin al proceso y contra la que no procede recurso de apelación.*"

Cuando la norma se refiere a la "nulidad originada en la sentencia" exige que el vicio se configure en el preciso momento procesal en que se profiere la sentencia, por desconocimiento grave o insaneable de alguna ritualidad sustantiva propia de esa actuación. Dichas restricciones se explican por la naturaleza extraordinaria del recurso de revisión, en cuanto vía procesal que hace excepcionalmente posible la infirmación de una sentencia ejecutoriada y, por tanto, el quebrantamiento de la cosa juzgada.

No será posible, entonces, alegar como causal del recurso extraordinario de revisión la nulidad acaecida en una etapa previa a la sentencia, máxime si se advierte que la proposición de nulidades procesales se encuentra sometida a las reglas de oportunidad y legitimación previstas en el artículo 142 del Código de Procedimiento Civil, sin perjuicio del deber que el artículo 145, íbidem, impone al juez de declarar de oficio las nulidades insaneables que observe "antes de dictar sentencia".

No obstante, la jurisprudencia de esta Sala ha aceptado la posibilidad de alegar como nulidad originada en la sentencia aquella que, aunque ocurrida en momento anterior al de la emisión del fallo definitivo no apelable, no pudo ser advertida por el recurrente durante el curso del proceso⁸.

Acerca de las irregularidades sustanciales del procedimiento que pueden considerarse nulidad originada en la sentencia, es pertinente la siguiente ilustración de esta Sala Plena⁹:

"En esta materia - (nulidad originada en la sentencia) - los procesalistas están de acuerdo en enseñar que ésta se genera cuando ella se dicta en un proceso terminado anormalmente por desistimiento, transacción o perención, o cuando se condena a quien no ha figurado como parte, o cuando el proveído se profiere estando legalmente suspendido el proceso. Igualmente, cuando la sentencia aparece firmada con mayor o menor número de magistrados, o adoptada con un número de votos diverso al previsto en la ley. Igualmente, la que provea sobre aspectos que no corresponden ora por falta de competencia, ora por falta de jurisdicción. Podría darse también la causal cuando la providencia carece completamente

⁸ Sentencia del 20 de abril de 2004, expediente REV-00132.

⁹ Sentencia del 6 de julio de 1988, expediente REV- 00011. Citada en sentencia del 20 de abril de 1998, expediente REV- 00131.

de motivación, pues el artículo 163 de la Constitución Nacional ordena que: 'Toda sentencia deberá ser motivada'.

En esta materia no puede confundirse la nulidad del proceso (art. 152 del C.P.C.), con la generada en la sentencia, que solo admite el manejo fáctico que se ha dejado precisado, en todos los casos en que el fallo no era susceptible de otro recurso”.

En época más reciente, la Sala Plena consideró que sólo podían considerarse motivos de nulidad originada en la sentencia, para efectos del recurso extraordinario de revisión, las causales que como nulidad del proceso taxativamente señala el artículo 140 del Código de Procedimiento Civil. Dijo en aquella oportunidad¹⁰:

“Lo expuesto sería bastante para desestimar la censura, pero vale decir que el proceso solamente es nulo, en todo o en parte, por las causas establecidas en el artículo 140 del Código de Procedimiento Civil. Así, por ejemplo, la nulidad que tiene origen en la sentencia puede ocurrir, en conformidad con la disposición referida, 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.

Ninguna de las causas de nulidad establecidas en el artículo 140 del Código de Procedimiento Civil alegó el recurrente, sino que expresó su inconformidad con los motivos de la sentencia.

También es nulo el proceso de ejecución y aquél en que haya remate de bienes, cuando se libra ejecución después de la muerte del deudor si se omite el trámite prescrito en el artículo 1.434 del Código Civil y cuando faltan las formalidades prescritas para hacer el remate de bienes, según lo establecido en el artículo 141 del Código de Procedimiento Civil, que no es el caso.”

Y, en otra oportunidad, luego de traer a colación el anterior aparte jurisprudencial, esta Sala anotó¹¹:

¹⁰ Sentencia del 11 de mayo de 1998, expediente REV-00093.

¹¹ Sentencia del 18 de octubre de 2005, expediente REV- 00239.

Desde la providencia que profirió esta Sala el 11 de mayo de 1998, expediente Rev-93, actor Gabriel Mejía Vélez, se dijo que los motivos de nulidad que afectan la sentencia, para los efectos de la respectiva causal de revisión, son los establecidos en el artículo 140 del Código de Procedimiento Civil.

En aquella oportunidad y en lo pertinente la Sala se pronunció de la siguiente manera:

(...)

En punto a la primera hipótesis planteada, y aunque no es la propia para resolver el recurso propuesto, la Sala debe aclarar que la falta de jurisdicción o competencia tiene que haberse originado en la sentencia, porque de lo contrario el vicio se habría originado a partir de la providencia que admitió la demanda o la contrademanda y en esta hipótesis no sería causal de revisión.

Además, entre los otros eventos, también está el caso de que la sentencia le haga mas gravosa la situación al particular demandante, porque sin existir contrademanda, las resultas de la sentencia le impongan cargas superiores a las que la administración, en la vía gubernativa, le determinó, o al ente estatal demandante en relación con el acto acusado, porque también serían modalidades de pretermitir íntegramente la instancia.

Igualmente, la hipótesis de que la pertinente decisión carezca de motivación, porque sin ella ni siquiera alcanza a configurarse como sentencia.”

Examinado el alcance de la causal de revisión invocada y siendo evidente que en este caso el recurso extraordinario se dirige contra *“la sentencia que puso fin al proceso y contra la que no procede recurso de apelación”*, corresponde a la Sala examinar algunas generalidades de la causal de nulidad procesal alegada.

La causal de nulidad procesal alegada: falta de competencia

El recurrente sostiene que la sentencia cuestionada incurre en la causal de nulidad del numeral 2° del artículo 140 del Código de Procedimiento Civil, según la cual *“El proceso es nulo en todo o en parte, solamente en los siguientes casos: (...) 2. Cuando el juez carece de competencia”*.

Dicha causal de nulidad está referida al desconocimiento de las reglas procesales que determinan la competencia para tramitar y decidir el asunto, bien sea por la calidad de las partes (factor subjetivo), la materia o el valor (factor objetivo), el territorio (factor territorial), o por la distribución vertical de funciones entre jueces (factor funcional).

Al tenor de lo dispuesto en el numeral 5° del artículo 144 del Código de Procedimiento Civil, la incompetencia del fallador es una causal de nulidad procesal de naturaleza saneable, a menos que la falta de competencia se configure por el factor funcional, también llamado vertical o de instancia. En efecto, esa norma dispone el saneamiento del vicio procesal que se analiza *“cuando la falta de competencia distinta de la funcional no se haya alegado como excepción previa. Saneada esta nulidad, el juez seguirá conociendo del proceso”* (subraya la Sala).

La nulidad procesal alegada es aquella que, según el recurrente, se originó en la sentencia de segunda instancia por falta de competencia del juez ad quem para pronunciarse en grado jurisdiccional de consulta y, por tanto, con plena competencia, sobre la decisión del a quo, que fue apelada parcialmente.

En estas circunstancias, la nulidad resultaría insaneable por falta parcial de competencia funcional, irregularidad del proceso que, según la doctrina, *“se refiere a la distribución vertical del juez de primera, segunda o única instancia, o para conocer los recursos de casación y revisión, como si por ejemplo, un juez municipal admitiera un recurso de apelación o de consulta, o cuando un juez de circuito conoce en segunda instancia de un asunto (...) de única instancia”*¹².

Caso concreto.

Plantea el recurrente que el juez de segunda instancia no estaba facultado para revisar, en grado jurisdiccional de consulta, el fallo del a quo, parcialmente apelado. Y llega a esa conclusión, en cuanto entiende que, si bien la decisión no apelada era adversa a la administración (nulidad del acto administrativo demandado en nulidad y restablecimiento del derecho), la misma no constituía condena contra la entidad pública demandada y, por tanto, no convertía en consultable ante el superior la sentencia parcialmente apelada.

Para estudiar la procedencia del recurso, es del caso determinar si el vicio imputado se produjo antes o en el momento de proferir el fallo. En otras palabras, examinar si la irregularidad constitutiva de la nulidad invocada puede calificarse como *“originada en la sentencia”*.

¹² Canosa Torrado, Fernando. Las excepciones previas y los impedimentos procesales. Ediciones Doctrina y Ley. Tercera edición. Bogotá, 1998.

En ese sentido, el recurso expone que *“la sala de decisión, al momento de proferir el fallo de segunda instancia, abarcó competencia por fuera del objeto de la apelación, aduciendo para ello en la parte considerativa, que a pesar de ser el demandante apelante único, la sentencia impugnada contenía una condena contra una entidad pública, lo que le otorgaba el conocimiento pleno de la misma”* (subraya la Sala).

Para este propósito se observa que el demandante interpuso recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, el cual fue concedido por el Tribunal Administrativo de Santander. Luego, el recurso fue admitido por la Sección Segunda, Subsección A, del Consejo de Estado, por auto del 25 de junio de ese mismo año. Posteriormente, por auto del 26 de agosto siguiente, el Consejero sustanciador ordenó correr traslado a las partes y al Agente del Ministerio Público por el término de diez días para que presentaran sus alegatos por escrito. Finalmente, el 12 de septiembre de 1997 el asunto regresó al Despacho del Ponente para fallo.

Nótese que en la segunda instancia al recurso se le dio el trámite de la apelación, pues no de otro modo se entiende que el traslado a las partes se haya concedido por diez días y no por cinco días, como corresponde a la consulta (artículo 184 del Código Contencioso Administrativo).

De manera que no fue antes de dictar sentencia, sino en el texto de la providencia que puso fin a la controversia, que la Sección Segunda, Subsección A, resolvió asumir el *“conocimiento pleno”* de la sentencia de primera instancia parcialmente apelada, como si se tratara del grado jurisdiccional de consulta. En el fallo que se recurre y como fundamento para asumir el pleno conocimiento de la controversia, el ad-quem se limitó a exponer el siguiente:

“Dirá la Sala que no obstante que la sentencia sólo fue apelada por el demandante, contiene una condena contra una entidad pública razón por la cual tiene sobre ella un conocimiento pleno.”

Comoquiera que la providencia citó como única razón para asumir el conocimiento pleno del asunto el hecho de que la sentencia apelada *“contiene una condena contra una entidad pública”* y aunque la providencia no es explícita en este punto, se entiende que la asunción de plena competencia sólo pudo sustentarse en lo dispuesto en el artículo 184 del Código Contencioso Administrativo, sobre el grado

jurisdiccional de consulta, en la versión de esa norma -entonces vigente- aplicable al caso¹³, cuyo tenor era el siguiente:

“Artículo 184.- Consulta. Las sentencias y los autos sobre liquidación de condenas en abstracto dictados en primera instancia que impongan una obligación a cargo de cualquier entidad pública, deberán consultarse con el superior, cuando no fueren apelados por la administración.

La consulta se tramitará y decidirá previo un término común de cinco (5) días para que las partes presenten sus alegatos por escrito.

La consulta se entenderá siempre interpuesta a favor de las mencionadas entidades. La providencia sujeta a consulta no quedará ejecutoriada mientras no se surta el mencionado grado.” (Subraya la Sala).

Por tanto, eran consultables las providencias dictadas en primera instancia que liquidaran una condena u obligación impuesta en abstracto a cualquier entidad pública, siempre que no fueran apeladas por la administración.

El recurrente afirma que la sentencia del a quo no era consultable por no contener una condena, ni en concreto ni en abstracto, contra la entidad pública demandada.

De acuerdo con la sentencia C-153 de 1995 de la Corte Constitucional, que estudió la constitucionalidad del artículo 184 del Código Contencioso Administrativo, la consulta tiene por objeto garantizar la revisión por parte del juez superior de la providencia desfavorable al patrimonio de las entidades públicas, por imponer una condena a cargo del erario público. No se refiere la norma citada a cualquier sentencia adversa a la administración, sino a aquella que le imponga una condena económica.

La doctrina jurídica en materia procesal ha elaborado criterios para distinguir las sentencias que **declaran** la existencia o inexistencia de una relación jurídica; diferentes de las sentencias **de condena** que son las que imponen al demandado una obligación de dar, de hacer, o de no hacer; y las **constitutivas** que crean, modifican o extinguen por sí mismas un estado jurídico, introduciendo una estructura o situación jurídica nueva.

En el campo de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, la doctrina cita como ejemplos de sentencias declarativas las que se limitan a declarar la nulidad de un

¹³ Corresponde al texto anterior a la reforma introducida por el artículo 57 de la Ley 446 de 1998, que se encontraba vigente el 3 de febrero de 1997, fecha de la sentencia de primera instancia.

acto administrativo en el contencioso de anulación y las que deniegan una pretensión de cualquier clase; como ejemplo de sentencias constitutivas alude a las que deciden favorable en los procesos electorales y las que revisan cartas de naturaleza; y como ejemplos de sentencias condenatorias las sentencias favorables dictadas en los procesos de restablecimiento en general, precisando que *“las sentencias en el contencioso de nulidad y restablecimiento tendrán un doble carácter: declarativas en cuanto constatan o definen que el acto impugnado se ajusta o no al ordenamiento jurídico; y de condena, cuando, como consecuencia de la nulidad del acto, se impongan obligaciones de dar, hacer o no hacer a la administración”*¹⁴.

Por tanto, las sentencias consultables son aquellas condenatorias que imponen una obligación de carácter económico a cargo de cualquier entidad pública. Es necesario agregar que, a pesar de que el texto entonces vigente del artículo 184 del Código Contencioso Administrativo no estableció un monto o cuantía para la procedibilidad de la consulta, la jurisprudencia de esta Corporación siempre consideró necesario, para ese efecto, tener en cuenta el monto de la condena impuesta. Así lo determinó la Sección Tercera de esta Corporación en el auto del 18 de noviembre de 1994, expediente 10221, reiterado, entre otras providencias de esa misma Sección, en el auto del 13 de julio de 1995, expediente 10945, y en la sentencia del 18 de mayo de 2000, expediente 11707.

En concordancia con lo anterior, el artículo 184 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 57 de la Ley 446 de 1998, de manera expresa consagró:

“Artículo 184.- Consulta. *Las sentencias que impongan condena en concreto, dictadas en primera instancia a cargo de cualquier entidad pública que exceda de trescientos (300) salarios mínimos mensuales legales (...), deberán consultarse con el superior cuando no fueren apeladas.*

Las sentencias que impongan condena en abstracto sólo serán consultables junto con el auto que las liquide, en los eventos del inciso anterior.

En los asuntos contenciosos de carácter laboral, solamente se consultarán las sentencias dictadas en primera instancia que impongan condena a cargo de la entidad pública, cuando de la respectiva actuación se deduzca que la demandada no ejerció defensa alguna de sus intereses.

(...)

¹⁴ Betancur Jaramillo, Carlos. Derecho Procesal Administrativo. Sexta edición. Señal Editora. Bogotá, 2002.

La providencia sujeta a consulta no quedará ejecutoriada mientras no se surta el mencionado grado.” (Subraya la Sala)

Establecidos los requisitos de procedibilidad del grado jurisdiccional de consulta, es preciso estudiar si la sentencia proferida el 3 de febrero de 1997 por el Tribunal Administrativo de Santander era o no consultable ante el superior funcional.

Como se anotó en los antecedentes de esta providencia, las pretensiones de la demanda consistieron en: i) la declaración de nulidad de la Resolución que declaró la insubsistencia del nombramiento del actor como Auditor Regional; ii) el reconocimiento y pago de la bonificación por *“su retiro a causa de la reestructuración de la Contraloría y supresión de su cargo”*; y iii) subsidiariamente, en caso de no obtener la bonificación, *“que se le restablezca en el servicio en un cargo equivalente o superior y se le reconozcan los salarios y prestaciones dejados de devengar sin solución de continuidad para todos los efectos legales y prestacionales”*.

El fallo acusado resolvió tales pretensiones en el sentido de declarar sólo la nulidad del acto de insubsistencia acusado y denegar todas las prestaciones de restablecimiento del derecho. En efecto, la parte resolutive de esa sentencia dispuso:

“PRIMERO.- DECLARASE la nulidad de la Resolución No. 04673 del 19 de julio de 1994, por medio de la cual el Contralor General de al República declaró insubsistente el nombramiento del señor PEDRO ANTONIO DURAN DURAN, en el cargo de Auditor Regional, Nivel Ejecutivo, Grado 4, de la Auditoría Regional ante el Servicio de Salud de Bucaramanga.

SEGUNDO.- DENIEGANSE las demás súplicas de la demanda.”

Así las cosas, es evidente que la providencia de primera instancia no era susceptible de ser conocida por el superior en grado jurisdiccional de consulta y, menos aún cuando sólo apeló el demandante, respecto de una de las decisiones para él desfavorables, es decir, con exclusión de la declaración judicial de nulidad del acto acusado. Por ende, no podía la Sección Segunda, Subsección A, del Consejo de Estado asumir frente a lo decidido en la sentencia parcialmente apelada *“un conocimiento pleno”*, pues al no existir condena económica que afectara el erario faltó el requisito de procedibilidad para conocer del grado jurisdiccional de consulta.

El fallador de segundo grado asumió una competencia funcional que no le correspondía al revisar sin limitación alguna el fallo de primera instancia, incluida la declaración de nulidad del acto acusado, con violación del principio de la *no*

reformatio in pejus y excediendo, con ello, el marco de su competencia al cual, como juez de la apelación, se encontraba sometido.

En efecto, mientras que el grado de consulta faculta al superior para revisar la totalidad de lo decidido por el inferior, el recurso de apelación impide al ad quem pronunciarse sobre los aspectos no apelados de la decisión impugnada (artículo 357 del Código de Procedimiento Civil).

Por lo expuesto, el cargo por existencia de nulidad originada en la sentencia, prospera y por ello es pertinente infirmar la sentencia del 25 de febrero de 1999 y, en consecuencia, emitir sentencia de reemplazo.

III. SENTENCIA DE REEMPLAZO

Asume la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo el carácter de juez de instancia y procede a resolver el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia del 3 de febrero de 1997 del Tribunal Administrativo de Santander, en los términos formulados en el recurso.

Conviene resaltar, en primer orden, que el recurso no se propuso contra la negativa del Tribunal al pago de la indemnización o bonificación solicitadas como pretensión principal de condena. Según se estableció en los antecedentes de esta providencia, **la inconformidad del apelante con la sentencia de primera instancia se predica, exclusivamente, respecto de la decisión denegatoria de la pretensión subsidiaria de reintegro**. Dicha pretensión se formuló en la demanda en los siguientes términos:

“SUBSIDIARIAMENTE: De no accederse al pago de la bonificación anterior, que se le restablezca en el servicio en un cargo equivalente o superior, y se le reconozca los salarios y prestaciones dejados de devengar sin solución de continuidad para todos los efectos legales y prestacionales.” (Subraya la Sala).

En efecto, esta pretensión fue negada en la sentencia de primera instancia así:

“En consecuencia el vicio que adolece la decisión proferida por el Contralor General de la República conduce inevitablemente a su declaratoria de nulidad. Sin embargo, el restablecimiento del derecho deprecado como pretensión subsidiaria no es procedente, porque el cargo

al que se tendría que reincorporar materialmente desapareció de la planta de personal de la institución.” (Subraya la Sala).

Las razones por las cuales el apelante cuestiona parcialmente el fallo de primera instancia fueron del siguiente tenor:

“La disconformidad con el fallo impugnado, radica principalmente en este último punto, puesto que si el cargo no existe por la razón ya expresada, es dable que para restablecer el derecho se ordene el reintegro a un cargo equivalente o superior al que venía desempeñando el accionante, dado que no necesariamente debe ser el mismo cargo.”

De contera, si el reintegro se ordena, es lógico y consecuente que se ordene el pago de los salarios y demás prestaciones dejadas de pagar desde el mismo momento de su destitución hasta el instante de su reintegro efectivo, máxime si se tiene en cuenta que está dada la nulidad del acto administrativo que dio origen a la acción.

La acción de nulidad conlleva la de restablecimiento del derecho, y en la demanda se solicitó de manera subsidiaria, que de no prosperar la pretensión del pago de la bonificación, se ordenara el reintegro en un cargo equivalente junto con el pago de los salarios y prestaciones dejados de pagar, sin que sea válido que se esgrima que por la supresión del cargo que desempeñaba, no sea procedente ordenar el reintegro del actor, puesto que es dable tal situación en un cargo equivalente o de superior categoría.

Por la anterior razón, considero que la providencia impugnada debe revocarse y en su defecto, ordenar la restitución del actor en un cargo similar o equivalente junto con el pago demandado subsidiariamente, dada la nulidad decretada.”

Se advierte, entonces, que lo pretendido en segunda instancia es el reintegro a “un cargo equivalente o superior”, tal como se consignó en la demanda al enunciar las posibilidades del reintegro solicitado.

Durante el trámite del recurso de apelación, las partes guardaron silencio.

Para resolver el recurso, se tiene que el artículo 357 del Código de Procedimiento Civil prevé que “La apelación se entiende interpuesta en lo desfavorable al apelante, y por lo tanto el superior no podrá enmendar la providencia en la parte que no fue objeto del recurso, salvo que en razón de la reforma fuere indispensable hacer modificaciones sobre puntos íntimamente relacionados con aquélla. Sin embargo, cuando ambas partes hayan apelado o la que no apeló hubiere adherido al recurso, el superior resolverá sin limitaciones”. Entonces, esta segunda instancia sólo puede examinar los apartes impugnados del fallo apelado en los precisos términos del recurso.

En este orden de ideas, sea lo primero recordar que, en principio, *“la nulidad de un acto administrativo que dispone el retiro del servicio de un empleado, implica la orden de reintegrarlo al servicio y pagarle todos los salarios prestaciones y demás derechos que se hubieran causado en su favor, haciendo la ficción de que para efectos laborales no hubo solución de continuidad en la relación laboral (...) se deben regresar las cosas al estado anterior, ordenando el pago de los salarios y prestaciones dejados de devengar porque para todos los efectos legales, se debe entender que durante dicho tiempo permaneció vinculado con la administración”*¹⁵.

En otras palabras, *“los fallos que determinan la nulidad de un acto administrativo, si ordenan el consecuente restablecimiento del derecho como en el caso de autos, la declaración de nulidad obliga a restablecer las cosas al estado en el que se encontraba cuando se realizó el acto nulo, es decir, se tiene como si este no hubiera existido, lo que implica en casos como el debatido el consiguiente reintegro o restablecimiento en el empleo y el cumplimiento de las condenas adicionales como consecuencia de la nulidad esto es como si se hubiera prestado el servicio sin solución de continuidad, por consiguiente, si el demandante había exigido que se le restableciera en su empleo implicaba que éste tenía la voluntad de aceptar el reintegro para continuar ejerciendo su cargo”*¹⁶.

Como el recurso de apelación no fue propuesto contra el numeral primero de la parte resolutive de la sentencia de primera instancia del Tribunal Administrativo de Santander, esta providencia no se ocupará del tema y en su lugar ordenará atenerse a lo resuelto por el tribunal.

De manera que, declarada la nulidad del acto administrativo de insubsistencia, la cuestión por resolver no es otra que el restablecimiento del derecho que surge como consecuencia de la invalidación. Y para determinar el restablecimiento particular y concreto del derecho, es necesario constatar la situación jurídica y fáctica en que se encontraba el servidor al momento en que se profirió el acto de insubsistencia para, de ser posible, ordenar que la situación del actor retorne al estado en que se encontraba en ese momento, como si el acto nulo no hubiera existido.

¹⁵ Sentencia del 16 de febrero de 2006, expediente número 1011-05, Sección Segunda, Subsección A, de esta Corporación.

¹⁶ Sentencia del 8 de agosto de 1996, expediente número 7163, Sección Segunda, Subsección B, de esta Corporación.

Para la fecha de la expedición del acto acusado (19 de julio de 1994), el demandante se encontraba vinculado a la Contraloría General de la República, prestando sus servicios en el cargo de Auditor Regional, Nivel Ejecutivo, Grado 4 de la Auditoría Regional ante el Servicio de Salud de Bucaramanga, empleo que desempeñó hasta el 5 de agosto de 1994, según consta en la certificación expedida el 17 de agosto de 1994 por el Director de la Oficina Seccional para Santander de la Contraloría General de la República (folio 12).

En este punto del análisis debe advertirse que para esa fecha el citado cargo estaba transitoriamente vigente en la planta de personal de la Contraloría General de la República, según se explica a continuación.

- 1°. La Ley 106 de 1993, *“Por la cual se dictan normas sobre organización y funcionamiento de la Contraloría General de la República, se establece su estructura orgánica, se determina la organización y funcionamiento de la Auditoría Externa, se organiza el Fondo de Bienestar Social, se determina el sistema de personal, se desarrolla la Carrera Administrativa Especial y se dictan otras disposiciones”*, dispuso la reestructuración orgánica de la Contraloría General de la República.
- 2°. Tal reestructuración trajo como consecuencia la supresión de los empleos o cargos. Así lo estipuló el artículo 111 de la Ley 106 de 1993, sobre *“terminación de la vinculación”*, según el cual *“La supresión de un empleo o cargo como consecuencia de la reestructuración de la Contraloría General de la República da lugar a la terminación del vínculo legal y reglamentario de los empleados públicos. Igual efecto se producirá cuando el empleado público en el momento de la supresión de los empleos o cargos tenga causado el derecho a una pensión de jubilación y se le suprime el cargo o empleo como consecuencia de la reestructuración de la Contraloría General de la República”*.
- 3°. En el artículo 106 de la Ley 106 de 1993 se adoptó la nueva planta global de personal de la Contraloría General de la República, dentro de la cual no quedó comprendido el cargo de Auditor Regional, Nivel Ejecutivo, Grado 4, por tanto, es evidente que fue suprimido por virtud de la reestructuración dispuesta en esta Ley. Tampoco previó esa ley un cargo equivalente al de Auditor Regional.

4°. Así mismo, el artículo 109 de la Ley 106 de 1993 dispuso que *“Los funcionarios de la Contraloría General de la República, continuarán ejerciendo las atribuciones a ellos asignadas hasta por un período de un (1) año contado a partir de la vigencia de la presente ley; período en el cual se deberá implantar y desarrollar la planta de personal establecida en la presente ley (...) El Contralor General de la República suprimirá los empleos o cargos que vayan quedando vacantes en virtud de lo anterior”*. Esta ley fue publicada en el Diario Oficial número 41.158 del 30 de diciembre de 1993 y, por tanto, los cargos de la antigua planta de personal mantuvieron su vigencia hasta el 30 de diciembre de 1994.

Es claro, entonces, que para la fecha de expedición del acto acusado (19 de julio de 1994) el cargo de Auditor Regional, Nivel Ejecutivo, Grado 4 se encontraba aún vigente, pues no podía existir en el tiempo más allá del 30 de diciembre de 1994. Por lo demás, al contestar la demanda, la entidad sólo adujo el ejercicio de la facultad discrecional frente a un cargo de libre nombramiento y remoción.

Independientemente de la certeza o no de los fundamentos del fallo de instancia que anuló la insubsistencia del actor y en vista de la intangibilidad de esa decisión por virtud del principio de la *no ejes ateo in ejes*, para la presente providencia se debe considerar que la insubsistencia no fue legítima.

En ese orden de ideas, establecido que, según la Ley 106 de 1993, el cargo desempeñado por el demandante no podía tener existencia sino hasta el 30 de diciembre de 1994, el restablecimiento debe consistir, no en el reintegro –que es jurídica y materialmente imposible–, sino en el reconocimiento de los de sueldos y prestaciones dejados de devengar, lo cual operará desde la fecha de insubsistencia hasta el 30 de diciembre de 1994, momento hasta el cual, por mandato de la ley, el cargo tuvo vigencia.

Al respecto, es pertinente la siguiente precisión de la Sala de Consulta y Servicio Civil:

“La decisión judicial que ordena el reintegro a un cargo suprimido en el marco de un proceso de reestructuración administrativa hace imposible, en principio, el reintegro al empleo que ocupaba el demandante, con mayor razón si en la nueva planta de personal no existen cargos equivalentes al suprimido. Si no existe el cargo, tampoco hay funciones por cumplir, lo que conduce, en aplicación de un criterio de razonabilidad y para evitar que se produzcan consecuencias absurdas, a que no se justifique la permanencia del servidor en la administración y a que se carezca de causa legal para devengar salario; de no entenderse así se

desconoce la prohibición del artículo 122 de la Carta, según el cual no puede existir empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento.

Por ello, debe darse prevalencia al interés general que conlleva el ejercicio de la facultad de reestructuración administrativa, orientado a la racionalización del gasto público y a la eficiencia y eficacia en la gestión pública. En este caso, ante la imposibilidad del reintegro, el derecho particular del demandante encuentra satisfacción en el reconocimiento de los salarios dejados de devengar desde el momento de la supresión del cargo hasta la notificación del acto administrativo que determine las causas que imposibilitan el reintegro ordenado. Lo contrario sería mantener indefinidamente una obligación de hacer que se tornaría irredimible y que desnaturalizaría el objetivo de la supresión del empleo, como es la racionalización del gasto público.”

También es destacable que en reciente sentencia de esta Sala Plena se estableció que el reintegro y el pago de prestaciones sociales procede *“por el tiempo en que legalmente hubiera permanecido el servidor público en el cargo, teniendo en cuenta las situaciones laborales específicas como la supresión posterior del empleo, empleos de período fijo, edad de retiro forzoso, reintegro posterior al cargo, haber alcanzado el estatus de pensionado, etc.”*¹⁷.

Por otra parte, se precisa que para obtener el reintegro a un cargo similar o superior de la nueva planta de personal, es carga del demandante demostrar que en esa nueva planta existen cargos para los cuales no sólo cumple los requisitos legales, sino que ostenta un mejor derecho a ser nombrado que el que le asiste a cada uno de los servidores que allí se desempeñan (v. gr., porque a diferencia del actor, éstos no ingresaron a la carrera administrativa). De no ser así, el desplazar a estos servidores por mandato judicial implicaría el desconocimiento, en forma grave, de sus legítimos derechos.

En ese sentido, no puede pasarse por alto que, por disposición de la ley de reestructuración, los cargos de libre nombramiento y remoción de la nueva planta debían proveerse *“dándole prelación a los empleados que actualmente laboran en la Contraloría General de la República, siempre y cuando llenen los requisitos exigidos para el desempeño de los nuevos cargos”*; en tanto que para la provisión de los cargos de carrera *“tendrán prelación los empleados que actualmente laboran en la Contraloría General de la República, quienes podrán ser inscritos en el escalafón de carrera administrativa en período de prueba, previo el lleno de los requisitos establecidos para los cargos de la nueva planta y las evaluaciones que*

¹⁷ Sentencia del 29 de enero de 2008, expediente 2046.

para tal efecto determine el Contralor General de la República, para cada cargo”, de tal modo que los cargos de carrera que quedaran vacantes debían proveerse “mediante concurso abierto, previa constatación del lleno de los requisitos del cargo al cual se aspira” (artículo 110 de la Ley 106 de 1993).

Lo anterior es relevante, pues en este caso el actor no adujo ni presentó prueba alguna para que, de conformidad con lo antes expuesto, su reintegro al servicio fuera procedente en un cargo de la nueva planta de personal adoptada mediante la Ley 106 de 1993.

En todo caso, no sobra agregar que la supresión del cargo de Auditor Regional que obró por virtud de la Ley 106 de 1993, no tuvo finalidad distinta que la de ajustar la planta de personal de la Contraloría General de la República a las tareas que le asignó la Constitución Política de 1991, las cuales implicaron el abandono del modelo de control fiscal previo, reemplazado por el control fiscal posterior y selectivo que impuso la nueva Carta (artículo 267 constitucional).

Para la fecha de esta sentencia, no procede, entonces, el restablecimiento pretendido por el demandante, en cuanto solicita ser reintegrado en la nueva planta de personal, en un cargo *“equivalente o superior”* al que desempeñaba, pues la situación fáctica y jurídica en que se encontraba al momento de proferirse la decisión anulada, esto es, aquella situación que debe restablecerse como consecuencia de la anulación ordenada en primera instancia, no era otra que la de quien ocupaba un cargo transitoriamente vigente.

Se insiste, la jurisprudencia de esta Corporación ha considerado que el reintegro sólo puede operar hasta la fecha en que sea jurídica y físicamente posible disponerlo. Así lo ha entendido en casos en que lo debatido es la desvinculación ilegal de quien ocupaba un cargo en un establecimiento público que posteriormente mutó su naturaleza jurídica a empresa industrial y comercial del estado. En uno de tales casos se precisó que *“el reintegro de la demandante sólo podría regir hasta la fecha en que operó la transformación de la entidad en Empresa Industrial y Comercial, a menos que el cargo del cual fue desvinculada la demandante por supresión, sea considerado en los estatutos de la nueva entidad como un cargo de dirección y confianza con carácter de empleo público. En esta última eventualidad el reintegro y sus efectos indemnizatorios tendrá plena vigencia en el tiempo”*¹⁸.

¹⁸ Sentencia del 16 de febrero de 2006, expediente 1011-05.

Sin más consideraciones, es del caso revocar parcialmente el fallo impugnado, concretamente, la decisión que fue objeto de impugnación para, en su lugar, ordenar el reconocimiento de los de sueldos y prestaciones dejados de devengar, el cual operará desde el momento de su desvinculación efectiva hasta la fecha máxima de vigencia del cargo que ocupaba para ese entonces, esto es, hasta el 30 de diciembre de 1994.

La demandada descontará de ese valor las sumas recibidas por el demandante por efecto del retiro.

Se ordenarán también los ajustes de valor a que se refiere el artículo 178 del Código Contencioso Administrativo. Y, para establecer la indexación, la entidad demandada aplicará la fórmula que a continuación se indica:

$$R = Rh \times \frac{\text{Índice final}}{\text{Índice inicial}}$$

En la que el valor presente ® se determina al tomar el valor histórico (Rh), que es lo dejado de percibir por el demandante por concepto de salarios, prestaciones y demás emolumentos a que haya lugar, desde cuando fue desvinculado hasta la fecha de ejecutoria de esta sentencia y multiplicarlo por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor vigente a la fecha de ejecutoria de esta providencia, por el índice inicial vigente a la fecha en que debió hacerse el respectivo pago. Por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará separadamente mes por mes, para cada mesada salarial y para los demás emolumentos, teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada concepto.

Por otra parte, en caso que se den los supuestos de hecho del artículo 177 del Código Contencioso Administrativo, la entidad demandada sufragará intereses conforme a lo dispuesto en esta norma.

De acuerdo con la rectificación jurisprudencial que introdujo el criterio acogido en sentencia de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del 29 de enero de 2008, expediente IJ-2000-02046, no se ordenará el descuento de lo que hubiera percibido el demandante por concepto de desempeño en cargos oficiales durante el tiempo de reintegro ordenado.

Finalmente, la sentencia se cumplirá a términos del artículo 176 del Código Contencioso Administrativo.

IV. LA DECISION

En mérito de lo expuesto, **LA SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL CONSEJO DE ESTADO**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

F A L L A :

Infírmase la sentencia dictada por la Sección Segunda, Subsección A, del Consejo de Estado el 25 de febrero de 1999 en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por el Señor Pedro Antonio Durán Durán contra la Nación-Contraloría General de la República.

En su lugar, como juez de instancia, se dispone:

1°. Atenerse a lo resuelto en el numeral primero de la sentencia del 3 de febrero de 1997 expedida por el tribunal Administrativo de Santander en cuanto declaró la nulidad de la Resolución No. 014673 de julio 19 de 1994, por cuanto no fue objeto del recurso de apelación.

2° Revócase el numeral segundo de la sentencia proferida el 3 de febrero de 1997 por el Tribunal Administrativo de Santander, en cuanto denegó las demás súplicas de la demanda.

3°. En su lugar, se dispone:

3.1 Condénase a la Nación-Contraloría General de la República a pagar al señor Pedro Antonio Durán Durán los sueldos, prestaciones y demás remuneraciones dejados de percibir como Auditor Regional, Nivel Ejecutivo, Grado 4 de la Auditoría Regional ante el Servicio de Salud de Bucaramanga, desde el momento de su desvinculación hasta el 30 de diciembre de 1994, fecha máxima de vigencia de dicho cargo, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de la sentencia de reemplazo.

3.2 Declárese que, para todos los efectos legales, no ha existido solución de continuidad en la prestación del servicio del Señor Pedro Antonio Durán Durán a la Contraloría General de la República como Auditor Regional, Nivel

Ejecutivo, Grado 4 de la Auditoría Regional ante el Servicio de Salud de Bucaramanga, desde la fecha de su retiro efectivo hasta el 30 de diciembre de 1994.

3.3 La entidad demandada dará cumplimiento a la sentencia con sujeción a lo dispuesto en los artículos 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo.

4°. En firme esta sentencia, devuélvase el expediente a la Sección Segunda, Subsección A, de esta Corporación.

NOTIFIQUESE y CUMPLASE

MAURICIO FAJARDO GOMEZ
Presidente

HUGO FERNANDO BASTIDAS BARCENAS MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA

SUSANA BUITRAGO VALENCIA
Ausente

RUTH STELLA CORREA PALACIO
Aclara voto

ENRIQUE GIL BOTERO

WILLIAM GIRALDO GIRALDO

MYRIAM GUERRERO DE ESCOBAR

MARIA NOHEMI HERNANDEZ PINZON
Ausente en comisión

FILEMON JIMENEZ OCHOA

RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT PIANETA

MARIA CLAUDIA ROJAS LASSO

MAURICIO TORRES CUERVO

MARCO ANTONIO VELILLA MORENO

ARTICULO 357 DEL CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - Eventos que consagra / JUEZ DE SEGUNDA INSTANCIA - Límites. Competencias / APELACION DE SENTENCIA - Se entiende interpuesta en lo desfavorable al apelante. No se limita a aspectos que fueron materia del recurso de apelación / NO REFORMATIO IN PEJUS - Alcance / DECISION DE SEGUNDA

INSTANCIA - Puede referirse a aspectos que beneficien al apelante aunque no hayan sido objeto de impugnación

El artículo 357 del Código de Procedimiento Civil que regula los límites del juzgador de segunda instancia, consagra varias eventualidades. En el primer inciso se refiere a los límites del juzgador *ad quem* tratándose de la apelación de sentencias; en el segundo inciso establece las reglas para determinar la competencia del juzgador de segunda instancia al resolver la apelación de autos; y, en el tercer inciso, regula la competencia del juez de la alzada, para cuando lo apelado es una sentencia inhibitoria. Frente a los límites del *ad quem* con ocasión de la impugnación de sentencias, la norma de manera explícita y como criterio general determina que la apelación se entiende interpuesta en lo desfavorable al apelante, sin establecer como límite al juez de segunda instancia, referirse sólo a aquellos aspectos que habiendo sido adversos al recurrente, fueron materia de apelación. Y cuando la norma prohíbe al juzgador de segunda instancia, modificar la providencia en la parte que no fue objeto de apelación, tal prohibición está referida a las modificaciones que puedan afectar al apelante único para salvaguardar la garantía de la *no reformatio in pejus* como con claridad se evidencia de su redacción, en tanto dispone que la apelación se entiende interpuesta en lo desfavorable al apelante y por lo tanto el superior no podrá enmendar la providencia en la parte que no fue objeto del recurso, salvo que en razón de la reforma fuere indispensable hacer modificaciones sobre puntos íntimamente relacionados con aquella. Es decir, por disposición legal aplicable en la jurisdicción de lo contencioso administrativa, el contenido de la sustentación de la apelación no limita como lo interpreta la sala, la decisión de segunda instancia, en tanto la sentencia que decide la apelación, bien puede referirse a aspectos que beneficien al apelante único, aunque no hayan sido objeto de la impugnación, es decir que de haberse concluido en el sub exámine que no había lugar a ordenar el reintegro del demandante al cargo del cual fue desvinculado, debió estudiarse la prosperidad de la pretensión segunda principal, esto es, si el actor tenía derecho al pago de una bonificación.

FUENTE FORMAL: CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTICULO 357

APELACION DE AUTOS - Ad quem solo es competente para tramitar y decidir el recurso. Se circunscribe a los aspectos objeto de apelación

Diferente es la situación que se presenta cuando lo apelado es un auto, en ese evento, el inciso segundo del artículo 357, determinado claramente por el principio dispositivo, señala que el *ad quem* solo tiene competencia para tramitar y decidir el recurso, con lo cual circunscribe a los puntos objeto de apelación, la competencia del *ad quem*, lo cual se explica en que el proceso ha seguido su curso ante el juzgador de primer grado y mal haría el *ad quem* en decidir sobre aspectos que son de competencia de aquél.

SUSTENTACION DEL RECURSO DE APELACION - No restringe la competencia del juez / CONGRUENCIA DE LA APELACION - Se refiere a la prohibición de empeorar la situación del apelante único

La exigencia de la sustentación del recurso, que tiene como fin ubicar al juez de segundo grado en las razones de la inconformidad, no tiene la virtualidad de restringir su competencia sólo a los puntos objeto de apelación, como si sucede hoy en materia laboral, dado la claridad del tenor literal del inciso primero del artículo 357 del Código de Procedimiento Civil, en tanto establece que la apelación se entiende interpuesta en lo desfavorable al apelante. Por ello, no existe

impedimento alguno para que al decidir el recurso de apelación, el juez, en caso de encontrarlo demostrado, pueda decidir sobre un punto que no fue objeto de la apelación, pero que favorece al apelante único, la única limitación frente a ese apelante, está determinada por la no reformatio in pejus. Cabe precisar que la congruencia de la apelación está referida, más que a los motivos de la impugnación, a la prohibición de empeorar la situación del apelante único, porque insisto, es el mismo legislador quien de un lado, marca como límite de la decisión de segunda instancia, cuando el apelante ha sido único, no empeorar su situación, y por otro lado, y más relevante si se quiere, perentoriamente señala que la apelación se entiende interpuesta en lo desfavorable al apelante, lo cual marca la exigencia del interés en quien recurre, en una clara manifestación del principio dispositivo.

ACLARACION DE VOTO

Consejera: RUTH STELLA CORREA PALACIO

Aunque compartí la decisión adoptada en sentencia de 2 de marzo de 2010, con todo respeto y consideración por mis compañeros de sala, me permito aclarar voto en cuanto al alcance que en ella se da al artículo 357 del Código de Procedimiento Civil.

A través de la sentencia frente a la cual presento esta aclaración, se decidió infirmar aquella proferida por la Sección Segunda, Subsección A, de esta Corporación el 25 de febrero de 1.999, y al entrar a proferir la sentencia de reemplazo, para decidir la apelación propuesta en contra de la sentencia de 3 de febrero de 1997, del Tribunal Administrativo de Santander, la Sala precisó sobre los alcances del artículo 357 del Código de Procedimiento Civil, que la segunda instancia solo puede examinar los apartes impugnados del fallo apelado en los términos del recurso.

Según los antecedentes registrados en la sentencia, mediante el fallo de primera instancia se anuló el acto administrativo demandado, esto es la resolución 04673 de 19 de julio de 1994, por la cual el Contralor General de la República declaró insubsistente el nombramiento del demandante y se negó la pretensión consecuencial de restablecimiento –reconocimiento y pago de la bonificación a que tiene derecho- así como la subsidiaria de reincorporación al cargo con el reconocimiento de salarios y prestaciones dejados de percibir.

Según estos mismos antecedentes el demandante apeló la decisión de primera instancia, precisando que dicha impugnación “se interpone contra lo resuelto en la

sentencia, a excepción de lo resuelto en el numeral primero de la parte resolutive” (subraya el recurrente), pero sólo en cuanto a la negación de la pretensión subsidiaria de restablecimiento, consistente en el reintegro. Desistió, entonces, de la pretensión principal de restablecimiento consistente en el pago de la indemnización y la bonificación reclamadas.”

Y al entrar a decidir la apelación después de infirmada la sentencia de segunda instancia, precisó la Sala en relación con los alcances del artículo 357 del Código de Procedimiento Civil, que como el actor fue apelante único, el *ad quem* está circunscrito en su revisión solo a los aspectos cuestionados por el impugnante.

Entiendo que tal interpretación circunscribe inadecuadamente los alcances del artículo 357 del Código de Procedimiento Civil, aplicable en los procesos que se tramitan ante esta jurisdicción por no existir norma que regule el tema en el Código Contencioso Administrativo, dado que el artículo 181 de este código, al consagrar el recurso de apelación contra autos y sentencias, se limita a establecer las providencias pasibles de este medio de impugnación, así como el efecto en el cual se concede, y los artículos 212, 213 y 214 apenas establecen el trámite a seguir con ocasión de la apelación de sentencias y autos, sin referirse a los límites que tiene el juez *ad quem*. Por tanto, en acatamiento a la disposición contenida en el artículo 267 del Código Contencioso Administrativo, al no estar contemplado en este código el tema de los límites del juzgador de segunda instancia, debe acudirse a lo prescrito sobre este aspecto en el Código de Procedimiento Civil.

Y el artículo 357 del Código de Procedimiento Civil que regula los límites del juzgador de segunda instancia, consagra varias eventualidades. En el primer inciso se refiere a los límites del juzgador *ad quem* tratándose de la apelación de sentencias; en el segundo inciso establece las reglas para determinar la competencia del juzgador de segunda instancia al resolver la apelación de autos; y, en el tercer inciso, regula la competencia del juez de la alzada, para cuando lo apelado es una sentencia inhibitoria.

Frente a los límites del *ad quem* con ocasión de la impugnación de sentencias, la norma de manera explícita y como criterio general determina que la apelación se entiende interpuesta en lo desfavorable al apelante, sin establecer como límite al juez de segunda instancia, referirse sólo a aquellos aspectos que habiendo sido adversos al recurrente, fueron materia de apelación.

Y cuando la norma prohíbe al juzgador de segunda instancia, modificar la providencia en la parte que no fue objeto de apelación, tal prohibición está referida a las modificaciones que puedan afectar al apelante único para salvaguardar la garantía de la *no reformatio in pejus* como con claridad se evidencia de su redacción, en tanto dispone que la apelación se entiende interpuesta en lo desfavorable al apelante y por lo tanto el superior no podrá enmendar la providencia en la parte que no fue objeto del recurso, salvo que en razón de la reforma fuere indispensable hacer modificaciones sobre puntos íntimamente relacionados con aquella.

Es decir, por disposición legal aplicable en la jurisdicción de lo contencioso administrativo, el contenido de la sustentación de la apelación no limita como lo interpreta la sala, la decisión de segunda instancia, en tanto la sentencia que decide la apelación, bien puede referirse a aspectos que beneficien al apelante único, aunque no hayan sido objeto de la impugnación, es decir que de haberse concluido en el sub exámine que no había lugar a ordenar el reintegro del demandante al cargo del cual fue desvinculado, debió estudiarse la prosperidad de la pretensión segunda principal, esto es, si el actor tenía derecho al pago de una bonificación.

La diferencia en la interpretación que da la Sala y aquélla que entiendo corresponde al inciso primero del artículo 357 del Código de Procedimiento Civil, deviene de la lectura aislada del segmento normativo del artículo analizado, en tanto incide que “por lo tanto el superior no podrá enmendar la providencia en la parte que no fue objeto del recurso” cuando tal segmento hace parte de un párrafo que comienza por establecer como premisa general, que la apelación se entiende interpuesta en lo desfavorable al apelante “y por lo tanto el superior no podrá enmendar la providencia en la parte que no fue objeto del recurso”, consagrando así la garantía de la *no reformatio in pejus*, y no la prohibición de decidir sobre aspectos que aunque no hayan sido materia de la impugnación, favorezcan al apelante único.

Diferente es la situación que se presenta cuando lo apelado es un auto, en ese evento, el inciso segundo del artículo 357, determinado claramente por el principio dispositivo, señala que el *ad quem* solo tiene competencia para tramitar y decidir el recurso, con lo cual circunscribe a los puntos objeto de apelación, la

competencia del *ad quem*, lo cual se explica en que el proceso ha seguido su curso ante el juzgador de primer grado y mal haría el *ad quem* en decidir sobre aspectos que son de competencia de aquél.

En la misma línea, cabe anotar que al regular de manera diferente la competencia del juzgador de segunda instancia en relación con la apelación de sentencias, la ley procesal laboral trae un condicionamiento similar al que dispone el ordenamiento procesal civil para la apelación de autos. En efecto, en claro apartamiento de la regulación que sobre la competencia del *ad quem* consagra el código de procedimiento civil, la ley 715, determinó sobre el punto:

“Principio de consonancia: La sentencia de segunda instancia, así como la decisión de autos apelados, deberá estar en consonancia con las materias objeto del recurso de apelación.”

Norma sobre la que la Sala Laboral de la H. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, en sentencia de 29 de junio de 2004, destacó su diferencia con la regulación establecida en el Código de Procedimiento Civil, en los siguientes términos:

“Para la Sala yerra el Tribunal al asumir competencia funcional completa de revisión de la totalidad del objeto del litigio, desbordando la que le corresponde según las reglas que gobiernan el recurso de apelación en la jurisdicción laboral, que son precisas en circunscribirla a las materias respecto de las cuales el apelante o los apelantes hayan manifestado inconformidad y cumplido con la carga procesal de fundamentar sus reparos.

“La Sala ha asentado la tesis según la cual:

“Con la expedición de la Ley 712 de 2001, varió sustancialmente la situación, pues de acuerdo con el nuevo texto, es a las partes a quienes les corresponde delimitar expresamente las materias a que se contrae expresamente el recurso de apelación, en tanto reza la norma:...

“Del mismo modo, si es deber del apelante limitar el recurso de apelación a determinados y especiales temas, sobre los cuales sólo se podrá pronunciar la segunda instancia, es obligación suya manifestarse respecto a todas las

pretensiones de la demanda, sean estas autónomas o condicionadas respecto de las otras, de las que discrepe”¹⁹ ..

En igual sentido ha sido el alcance que a los límites del *ad quem* en la apelación de sentencias, ha dado la doctrina:

“Son diferentes las facultades del superior en los casos de apelación de autos interlocutorios o de sentencias. En efecto, la apelación de la sentencia otorga al superior competencia sobre todo el proceso como fallador de instancia, y por lo mismo tiene la obligación de revisar el expediente en todos sus aspectos para dictar la sentencia que resuelva el litigio; en cambio, cuando se apela de un auto interlocutorio el superior no adquiere competencia sino sobre el punto incidental o especial y que fue materia del recurso, porque la instancia continúa ante el inferior, y por esto no puede ocuparse de los demás aspectos del proceso.

“... otro efecto peculiar de la apelación, que también comparte la casación, es que el superior no puede agravar la situación del apelante único, porque se entiende que la interpuso solo en lo desfavorable de la providencia. Esto se conoce como *reformatio in pejus* y significa una especie de limitación de la competencia del superior en la revisión de la providencia apelada.”²⁰

Por otra parte, la exigencia de la sustentación del recurso, que tiene como fin ubicar al juez de segundo grado en las razones de la inconformidad, no tiene la virtualidad de restringir su competencia sólo a los puntos objeto de apelación, como si sucede hoy en materia laboral, dado la claridad del tenor literal del inciso primero del artículo 357 del Código de Procedimiento Civil, en tanto establece que la apelación se entiende interpuesta en lo desfavorable al apelante. Por ello, no existe impedimento alguno para que al decidir el recurso de apelación, el juez, en caso de encontrarlo demostrado, pueda decidir sobre un punto que no fue objeto de la apelación, pero que favorece al apelante único, la única limitación frente a ese apelante, está determinada por la *no reformatio in pejus*.

Cabe precisar que la congruencia de la apelación está referida, más que a los motivos de la impugnación, a la prohibición de empeorar la situación del apelante único, porque insisto, es el mismo legislador quien de un lado, marca como límite

¹⁹ Sentencia de 23 de mayo de 2006, radicación 26225.

²⁰ Devis Echandía Hernando, Compendio de Derecho Procesal, sexta edición, 1978, pag. 507.

de la decisión de segunda instancia, cuando el apelante ha sido único, no empeorar su situación, y por otro lado, y más relevante si se quiere, perentoriamente señala que la apelación se entiende interpuesta en lo desfavorable al apelante, lo cual marca la exigencia del interés en quien recurre, en una clara manifestación del principio dispositivo.

En síntesis, varias reglas pueden extraerse del artículo 357 comentado:

1. cuando se trata de apelación de sentencia, y el apelante es único, el *ad quem* solo tiene como límite, no empeorar la situación del apelante único, por tanto, al decidir la apelación podrá referirse a aspectos que no fueron objeto de la apelación, siempre que con tal decisión favorezca la situación del que ha recurrido.
2. si de entrada apelan ambas partes, o una adhiere a la apelación de la otra, el *ad quem* no tiene límites en la decisión, es decir, esta puede afectar o beneficiar, sin restricción alguna a cualquiera de las partes.
3. si el fallo fue inhibitorio, y es revocado como consecuencia de la apelación, la decisión puede ser desfavorable al apelante, en tanto la inhibición puede ser sustituida por una sentencia totalmente adversa a los intereses del recurrente.
4. si se trata de la apelación de autos, *el ad quem* limita su competencia al punto objeto de apelación, y solo es posible disponer en relación con la liquidación de costas, decreto de copias y desgloses.

En este sentido y con el mayor comedimiento, dejo presentada mi aclaración de voto.

Fecha ut supra

RUTH STELLA CORREA PALACIO