

**ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL – Decisión ilegítima /
DEBIDO PROCESO – Defecto sustantivo al declarar prescrito el derecho al
reajuste de la asignación de retiro / DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL**

Considera adicionalmente la Sala, que el razonamiento realizado por la autoridad judicial enjuiciada si bien estuvo bien argumentado al señalar que el derecho pensional es imprescriptible y que lo que prescriben son las mesadas o diferencias, no fue debidamente aplicado al caso concreto, pues debió efectuar un análisis más profundo del caso, de manera que se advirtiera que la reliquidación de la asignación de retiro percibida por el accionante, conforme a la variación del I.P.C. para el período 1997 a 2004, incide directamente en el monto de la asignación de retiro que percibe el actor en la actualidad, situación que no ocurrió, pues el tribunal se limitó a declarar la prescripción sin analizar esta circunstancia. ...Así las cosas, resulta procedente amparar el derecho fundamental de la accionante, como beneficiaria del señor Luis Enrique Muñoz Castro, en tanto se observa que en la providencia referida el Tribunal accionado incurrió en un defecto sustantivo pues aplicó erradamente el término de prescripción cuatrienal previsto para reclamar el pago de las diferencias correspondientes y dispuso que no hay derecho al reconocimiento por prescripción de las mesadas, cuando de todas maneras el derecho al incremento se causó y por tanto debía declararse sin perjuicio de la prescripción de las diferencias de las asignaciones mensuales que no se reclamaron en tiempo, porque como ya se precisó, este incremento porcentual incide en las mesadas futuras.

FUENTE FORMAL: LEY 100 DE 1993 - ARTÍCULO 14 / LEY 238 DE 1995 / LEY 100 DE 1993 - ARTÍCULO 279

NOTA DE RELATORIA: Sobre las causales generales y específicas de procedencia de la acción de tutela, Corte Constitucional sentencia C-590 de 2005. Sobre el defecto sustantivo, Corte Constitucional, sentencia SU-159/02, M.P. Dr. Manuel José Cepeda Espinosa, T-1222 de 2005 y T-310/09.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

SUBSECCION B

Consejero Ponente: GERARDO ARENAS MONSALVE

Bogotá, D.C., veintinueve (29) de marzo de dos mil doce (2012)

Radicación número: 11001-03-15-000-2012-00314-00(AC)

Actor: ALBA MARIA RIVERA DE MUÑOZ

Demandado: TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA

ACCIÓN DE TUTELA – Fallo de primera instancia

Decide la Sala la solicitud de tutela presentada por el señor Jose Hermes Arias Suárez, por medio de apoderado judicial, en contra del Tribunal Administrativo de Cundinamarca y la Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Policía Nacional¹.

I. ANTECEDENTES

1. La solicitud

La señora Alba María Rivera de Muñoz, actuando a través de apoderada judicial, en ejercicio de la acción de tutela solicitó que se protegieran sus derechos fundamentales al debido proceso, a la igualdad, a la seguridad social, y al acceso a la administración de justicia, los cuales estimó vulnerados por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca al proferir la sentencia del 22 de julio de 2011 dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho instaurado por la hoy accionante contra la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, por cuanto en su sentir en dicha providencia se incurrió en vía de hecho al interpretar indebidamente las normas que regulan la materia pensional especial, lo que conlleva a la violación de los derechos fundamentales.

2. Hechos

El actor expuso como hechos, los que se sintetizan a continuación:

Indica la apoderada de la accionante que la Caja de Sueldos de Retiro de las Fuerzas Militares reconoció al señor Luis Enrique Muñoz Castro (q.e.p.d) asignación de retiro mediante Resolución No. 432 del 17 de octubre de 1963.

Señala que desde su reconocimiento la asignación de retiro se ha reajustado de acuerdo al principio contemplado en el artículo 169 del Decreto 1211 de 1990.

Igualmente manifiesta que para los años 1999, 2001, 2002, 2003 dicha prestación fue reajustada en un porcentaje inferior al IPC del año inmediatamente anterior,

¹ Sin embargo observa la Sala que cualquier decisión que se produzca dentro del proceso de la referencia involucra al Juzgado Veintiocho Administrativo de Bogotá como una de las autoridades accionadas, razón por la cual fue vinculada al proceso mediante auto admisorio del 1º de marzo de 2012.

desconociéndose lo dispuesto en el artículo 1º de la Ley 238 de 1995 y en el artículo 14, y párrafo 4º del artículo 279 de la Ley 100 de 1993.

Mediante derecho de petición No. 28711 del 22 de abril de 2009, el señor Luis Enrique Muñoz Castro solicitó a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares la reliquidación, reajuste y pago de la asignación de retiro, así como la indexación de los valores arrojados por la reliquidación.

La anterior solicitud fue negada por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares mediante Oficio No. 20901 del 14 de mayo de 2009.

El 25 de marzo de 2010, se presentó demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, correspondiendo por reparto al Juzgado Dieciocho Administrativo de Bogotá, quien mediante sentencia del 1º de octubre de 2010 se pronunció accediendo a las pretensiones de la demanda.

Contra la anterior decisión, la entidad demandada interpuso recurso de apelación, el cual fue resuelto por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección C, quien mediante sentencia del 22 de julio de 2011 revocó la sentencia de primera instancia arguyendo que no es viable conceder el beneficio reclamado toda vez que este se encontraba prescrito. Adicionalmente indicó que como el señor Luis Enrique Muñoz Castro solicitó el reajuste el 22 de abril de 2009, la prescripción cuatrienal aplica para el periodo comprendido con anterioridad al 22 de abril de 2005, y a partir de esta fecha no existe ninguna diferencia entre lo percibido por este.

Manifiesta la apoderada de la accionante que el 9 de febrero de 2011 el señor Luis Enrique Muñoz Castro falleció, según Registro de Defunción No. 071015533, razón por la cual a la señora Alba María Rivera de Muñoz, en su calidad de cónyuge sobreviviente le fue reconocida la sustitución pensional mediante Resolución No. 1554 del 1º de abril de 2011, lo que la hace beneficiaria para poder continuar con la presente reclamación.

A juicio de la parte actora, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca está desconociendo el precedente jurisprudencial que existe sobre la materia objeto de estudio, para lo cual cita diferentes sentencias sobre este punto.

3. Pretensiones

En el escrito de tutela solicitó la parte actora, I) se amparen sus derechos fundamentales invocados. II) En consecuencia se deje sin efecto la providencia dictada el 22 de julio de 2011 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante la cual se revocó la sentencia de primera instancia y declaró prescrito el derecho reclamado por la parte demandante; y III) se ordene al Tribunal accionado emitir una nueva decisión ajustada a derecho.

4. Intervenciones

Mediante el auto del 27 de febrero de 2012 se ordenó la notificación a las partes accionadas y se puso en conocimiento la admisión de la demanda de tutela a los terceros interesados en las resultas del proceso (fls. 75 y 76).

La apoderada judicial de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, (folios 88 al 89 vto.), manifestó que no es posible revisar en sede de tutela los argumentos expuestos por la parte accionante, pues de lo contrario se atentaría contra el principio de la autonomía del cual se encuentran revestidos los jueces.

Adicionalmente, señaló que las actuaciones de dicha entidad gozan de presunción de legalidad, razón por la cual solicitó se declare la improcedencia de la acción de tutela.

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante escrito visible a folio 84, manifestó que se opone a los argumentos señalados en el escrito de tutela, toda vez que en la providencia acusada no se incurrió en vía de hecho ni se vulneraron los derechos fundamentales invocados, pues las pretensiones de la demanda se resolvieron con fundamento en las normas aplicables al caso concreto y teniendo en cuenta los lineamientos jurisprudenciales vigentes.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Competencia

La Sala es competente para conocer de la presente solicitud de tutela ejercida contra el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en virtud de lo dispuesto en el

Decreto 1382 de 2000, el cual establece reglas para el reparto de esta acción constitucional.

2. La acción de tutela contra decisiones judiciales.

El debate jurisprudencial sobre la procedencia de la tutela contra decisiones judiciales tiene génesis en la sentencia C-543 de 1992 de la Corte Constitucional que declaró la inexecutable del artículo 40 del Decreto 2591 de 1991. Más adelante, mediante sentencias de tutela, la misma Corte permitió de forma excepcional y frente a la amenaza de derechos fundamentales, el reexamen de la decisión judicial en sede de tutela, con la finalidad de establecer si el fallo judicial se adoptó, en apariencia revestida de forma jurídica, cuando en realidad envolvía una vía de hecho.

La vía de hecho entendida como una manifestación burda, flagrante y desprovista de todo vestigio de legalidad, es el principio que inspiró la posibilidad de instaurar la acción de tutela contra decisiones judiciales, pues no obstante el reconocimiento al principio de autonomía funcional del juez, quien la administra quebranta, bajo la forma de una providencia judicial, derechos fundamentales.

De ahí que salvo eventos sumamente excepcionales, la acción de tutela contra decisiones judiciales es improcedente, en razón a que la seguridad jurídica y el respeto al debido proceso no permiten el carácter temporal de tales decisiones ni la existencia de la tutela como instancia última de todos los procesos y acciones. Además, porque el Consejo de Estado y la Corte Suprema de Justicia son órganos de cierre de sus respectivas jurisdicciones, de modo que sus decisiones son últimas, intangibles e inmodificables.

La evolución de la jurisprudencia condujo a que desde la sentencia T-231 de 1994 se determinaran cuáles defectos podían conducir a que una sentencia fuera calificada como vía de hecho, indicando que ésta se configura cuando se presenta, al menos, uno de los siguientes vicios o defectos protuberantes: (1) Defecto sustantivo, que se produce cuando la decisión controvertida se funda en una norma indiscutiblemente inaplicable; (2) Defecto fáctico, que ocurre cuando resulta indudable que el juez carece de sustento probatorio suficiente para proceder a aplicar el supuesto legal en el que se sustenta la decisión; (3) Defecto orgánico, se presenta cuando el funcionario judicial que profirió la providencia

impugnada, carece, absolutamente, de competencia para ello; y, (4) Defecto procedimental, que aparece en aquellos eventos en los que se actuó completamente al margen del procedimiento establecido.

Esta doctrina constitucional ha sido precisada y reiterada en varias decisiones de unificación proferidas por la Sala Plena de la Corte Constitucional, entre las cuales se encuentran las sentencias SU-1184 de 2001 y SU-159 de 2002.

En la referida sentencia SU-1184 de 2001, la Corte Constitucional precisó el ámbito de la vía de hecho por defecto fáctico y señaló que la violación al debido proceso ha de ser grave porque el juez de tutela tiene el deber de respetar, en el mayor grado posible, la valoración que del material probatorio hace el juez natural.

De ahí que se fijaron las siguientes pautas para constituir el anterior defecto:

“cuando se omite la práctica o consideración de pruebas decisivas², las pruebas existentes se valoran de manera contra-evidente³, se consideran pruebas inadmisibles⁴ o cuando la valoración resulta abiertamente contraria a los postulados constitucionales. Empero, tal como lo sostuvo la Corporación en la sentencia T-025 de 2001⁵, las pruebas omitidas o valoradas indebidamente, “deben tener la capacidad inequívoca de modificar el sentido del fallo”, de suerte que si las pruebas en cuestión no son determinantes para la decisión, al juez de tutela le está vedado entrar a analizar la valoración que de ellas hizo el juez”.

Y en la sentencia SU -159 de 2002 se dijo:

“Finalmente, la Corte debe advertir, en concordancia con su propia jurisprudencia, que sólo es factible fundar una acción de tutela cuando se observa que de una manera manifiesta aparece arbitraria la valoración probatoria hecha por el juez en la correspondiente providencia. El error en el

² Sobre el particular ver, entre otras, sentencias SU-477 de 1997, T-329 de 1996. Sobre la omisión de práctica de pruebas decisivas ver sentencias T-488 de 1999, T-452 de 1998, T-393 de 1994, entre otras

³ Sobre el particular ver, entre otras, la sentencia T-452 de 1998 que señaló:

“en relación con la valoración que hacen los jueces de la pruebas dentro de un proceso, la posible configuración de una vía de hecho en la misma requiere de un comportamiento del funcionario que la adelanta, claramente irregular, en donde se impone su voluntad, en contravía de lo que puede arrojar objetivamente el cuaderno de pruebas allegado o solicitado para su práctica...”

⁴ El artículo 29 de la Carta dispone que “[E]s nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso”. En la sentencia T-008 de 1998 la Corte señaló al respecto:

“Esta Sala no puede menos que indicar que sólo en aquellos casos en los cuales la prueba nula de pleno derecho constituya la única muestra de culpabilidad del condenado, sin la cual necesariamente habría de variar el juicio del fallador, procedería la tutela contra la decisión judicial que la tuvo en cuenta, siempre y cuando se cumplan, por supuesto, los restantes requisitos de procedibilidad de la acción.”

⁵ M.P. Eduardo Montealegre Lynett. En similar sentido T-329 de 1996 M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

juicio valorativo de la prueba “debe ser de tal entidad que sea ostensible, flagrante y manifiesto, y el mismo debe tener una incidencia directa en la decisión, pues el juez de tutela no puede convertirse en una instancia revisora de la actividad de evaluación probatoria del juez que ordinariamente conoce de un asunto, según las reglas generales de competencia”⁶.

En otros de los apartes de la sentencia anterior, se efectúa la distinción entre el debido proceso de alcance constitucional del simplemente legal para referir que el primero de ellos comprende no solamente las garantías previstas en el artículo 29 de la C.P. sino agrupa todos los derechos constitucionales fundamentales:

“El constituyente no abordó todas las posibles violaciones al debido proceso, de carácter legal, si no sólo aquellos elementos que forman parte del ámbito de protección constitucional”.

El ámbito del debido proceso constitucional acorde a la referida sentencia, comprende “las formalidades legales esenciales”. En ese sentido, se adujo que correspondía al juez constitucional examinar si a pesar de la irregularidad que presente una prueba, pueden subsistir otras con fundamento en las cuales pudo adoptarse la decisión; vale decir, siempre que no haya sido determinante para la misma, a la prueba irregular se le resta importancia.

Igualmente aplicando los estrictos términos del artículo 86 de la C.P., es pertinente examinar la procedencia de la acción de tutela cuando aún existiendo medios de defensa judicial, aquélla se utilice como MECANISMO TRANSITORIO para evitar un perjuicio irremediable.

La evolución jurisprudencial, condujo a proferir la sentencia C-590/05, en la cual la Corte Constitucional resaltó el carácter sumamente excepcional de la acción de tutela, vale decir cuando de forma protuberante se vulneren o amenacen derechos fundamentales. La regla general de improcedencia de la acción de tutela contra tales decisiones, se expone en la anterior providencia al destacar que incluso las sentencias judiciales constituyen ámbitos ordinarios de reconocimiento y realización de los derechos fundamentales y además, porque el valor de cosa juzgada de las sentencias, la garantía del principio de seguridad jurídica y la autonomía e independencia son principios que caracterizan a la jurisdicción en la estructura del poder público.

En otro aparte la mencionada decisión, precisó:

⁶Cfr. sentencia T-442 de 1994 M.P. Antonio Barrera Carbonell.

“...22. Con todo, no obstante que la improcedencia de la acción de tutela contra sentencias es compatible con el carácter de ámbitos ordinarios de reconocimiento y realización de los derechos fundamentales inherente a los fallos judiciales, con el valor de cosa juzgada de las sentencias y con la autonomía e independencia que caracteriza a la jurisdicción en la estructura del poder público; ello no se opone a que en supuestos sumamente excepcionales la acción de tutela proceda contra aquellas decisiones que vulneran o amenazan derechos fundamentales...”.

En ese orden, se elaboró el test de procedencia de la acción de tutela contra decisiones judiciales, con la finalidad de destacar los eventos excepcionales de aplicación, los cuales deben satisfacerse plenamente en la tarea de identificar cuándo una sentencia judicial puede someterse al examen de orden estrictamente constitucional, en aras de establecer si con la actuación se afectan derechos de relevancia constitucional o si la misma no alcanza a vulnerar tales derechos porque se profirió dentro del marco de actuación propio de los órganos judiciales ordinarios.

Tales presupuestos son: (a) Que la cuestión que se discuta resulte de evidente relevancia constitucional: Lo anterior porque el juez constitucional no puede entrar a estudiar cuestiones que no tienen una clara y marcada importancia constitucional so pena de involucrarse en asuntos que corresponde definir a otras jurisdicciones. (b) Que se hayan agotado todos los medios -ordinarios y extraordinarios- de defensa judicial al alcance de la persona afectada, salvo que se trate de evitar la consumación de un perjuicio iusfundamental irremediable: Señala la Corte Constitucional que de no ser así, esto es, de asumirse la acción de tutela como mecanismo de protección alternativo, se correría el riesgo de vaciar las competencias de las distintas autoridades judiciales. (c) Que se cumpla el requisito de la inmediatez: Es decir, que la tutela se hubiere interpuesto en un término razonable y proporcionado a partir del hecho que originó la vulneración. (d) Cuando se trate de una irregularidad procesal, debe quedar claro que la misma tiene un efecto decisivo o determinante en la sentencia que se impugna y que afecta los derechos fundamentales de la parte actora: Con fundamento en este presupuesto, se precisa que la irregularidad debe comportar grave lesión de derechos fundamentales, tal como ocurre con los casos de pruebas ilícitas susceptibles de imputarse como crímenes de lesa humanidad; la protección de tales derechos se genera independientemente de la incidencia que tengan en el litigio y por ello hay lugar a la anulación del juicio. (e). Que la parte actora identifique de manera razonable tanto los hechos que generaron la vulneración

como los derechos vulnerados y que hubiere alegado tal vulneración en el proceso judicial siempre que esto hubiere sido posible: Indica la Corte que esta exigencia es comprensible, pues sin que la acción de tutela llegue a rodearse de unas exigencias formales contrarias a su naturaleza y no previstas por el constituyente, sí es menester que el actor tenga claridad en cuanto al fundamento de la afectación de derechos que imputa a la decisión judicial, que la haya planteado al interior del proceso y que dé cuenta de todo ello al momento de pretender la protección constitucional de sus derechos. (f). Que no se trate de sentencias de tutela: Lo anterior se justifica bajo el riguroso proceso de selección que hace la Corporación.

Igualmente, bajo el rótulo de las CAUSALES DE PROCEDIBILIDAD se rediseñó el ámbito de comprensión de la acción de tutela contra sentencias judiciales, superando la noción de VÍA DE HECHO por la de DECISIÓN ILEGÍTIMA con la finalidad de resaltar la excepcionalidad de la acción de tutela contra decisiones judiciales, la cual solamente cuando tenga eminente relevancia constitucional resulta procedente.

Al respecto, indica los defectos o vicios que debe presentar la decisión que se juzga: (a) Defecto orgánico: Que se presenta cuando el funcionario judicial que profirió la providencia impugnada, carece absolutamente de competencia. (b). Defecto procedimental absoluto: Que se origina cuando el juez actuó completamente al margen del procedimiento establecido. (c) Defecto fáctico: Que surge cuando el juez carece del apoyo probatorio que permita la aplicación del supuesto legal en el que se sustenta la decisión. (d) Defecto material o sustantivo: Como son los casos en que se decide con base en normas inexistentes o inconstitucionales o que presentan una evidente y grosera contradicción entre los fundamentos y la decisión. (e) Error inducido: Que se presenta cuando el juez o tribunal fue víctima de un engaño por parte de terceros y ese engaño lo condujo a la toma de una decisión que afecta derechos fundamentales. (f) Decisión sin motivación: Que implica el incumplimiento de los servidores judiciales de dar cuenta de los fundamentos fácticos y jurídicos de sus decisiones. (g) Desconocimiento del precedente: Según la Corte Constitucional, en estos casos la tutela procede como mecanismo para garantizar la eficacia jurídica del contenido constitucionalmente vinculante del derecho fundamental vulnerado (h.) Violación directa de la Constitución: Procede cuando la decisión judicial supera el concepto de vía de hecho, es decir, en eventos en los que si bien no se está ante una burda

trasgresión de la Carta, si se trata de decisiones ilegítimas que afectan derechos fundamentales.

La Sala se ha detenido en el análisis de la posición de la Corte Constitucional respecto de la procedencia de la acción de tutela contra decisiones judiciales, no porque considere que deba seguir estrictamente sus criterios interpretativos, sino por otras importantes razones:

La primera es que en este aspecto, comparte plenamente la idea cardinal de que en el Estado Social de Derecho la prevalencia de los derechos fundamentales compromete la actuación de “cualquier autoridad pública” (C.P. artículo 86) incluidos desde luego los jueces de la República de todas las jurisdicciones y rangos y sus respectivos órganos de cierre.

En segundo lugar, se trae a colación la jurisprudencia constitucional respecto de la tutela contra decisiones judiciales por cuanto muestra que ha sido la misma jurisdicción constitucional la que se ha encargado de destacar, que si bien la acción resulta procedente, ella es absolutamente excepcional y no puede significar, en modo alguno, una prolongación indefinida del debate jurídico.

Finalmente, estima la Sala que la metodología contenida en la jurisprudencia constitucional para verificar si una decisión judicial debe o no ser tutelada, constituye un valioso mecanismo para resolver el asunto, cuya adopción facilita el análisis de este complejo problema.

3. Problema jurídico

Corresponde a la Sala establecer en la presente providencia si los derechos fundamentales invocados por el actor se han visto menoscabados por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca al decidir dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho iniciado por el señor Luis Enrique Muñoz (q.e.p.d.), contra la Caja de Sueldos de Retiro de las Fuerzas Militares, que el derecho al reajuste de la asignación de retiro que reclamaba el accionante había prescrito.

4. Análisis del caso concreto

La apoderada de la accionante afirma que el Tribunal Administrativo de

Cundinamarca vulneró sus derechos fundamentales al debido proceso, a la igualdad, a la seguridad social y de acceso a la administración de justicia al negar el reajuste de la asignación de retiro con base en el I.P.C. para los años 1999, 2001, 2002, 2003 y 2004.

Observa la Sala que la inconformidad de la accionante, como beneficiaria del señor Luis Enrique Muñoz Castro (q.e.p.d.) se centra en que el Tribunal Administrativo de Cundinamarca consideró que este último no tenía derecho al reajuste de su asignación de retiro porque su derecho había prescrito, razón por la cual es necesario entrar a revisar en primer lugar el contenido de la providencia atacada.

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca en la sentencia acusada concluyó que:

“Ahora bien, la apoderada de la parte actora solicita de manera especial tener en cuenta la sentencia proferida por el H. Consejo de Estado – Sección Segunda – Subsección “A”, del 27 de enero de 2011 con ponencia del Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren; Precisa (sic) la Sala que no es de recibo acoger los planteamientos expuestos por el accionante al respecto, toda vez que éste omitió tener en cuenta, que en la mencionada sentencia del H. Consejo de Estado, no se está debatiendo un asunto ni siquiera similar toda vez que allí el demandante elevó su petición antes de operar el fenómeno de la prescripción, situación que no se presenta en el caso de autos y porque adicionalmente fue esa misma Sala del H. Consejo de Estado la que profirió la sentencia del 21 de octubre de 2010 citada anteriormente, con fundamento en la cual se limita el pretendido reajuste en el tiempo.

Cabe anotar, que si bien el derecho pensional es imprescriptible, y por tal circunstancia es viable que su titular reclame en cualquier tiempo; puede operar la prescripción respecto del reajuste de las mesadas o diferencias, cuando no se solicitan dentro del término que señala la ley, como ocurre en el presente caso. La figura de la prescripción esta (sic) prevista como una sanción al titular del derecho por no ejercerlo dentro de los plazos que la ley otorga, lo que supone la evidencia de la exigibilidad y una inactividad injustificada del titular del derecho en lograr su cumplimiento.”

Teniendo en cuenta las consideraciones anteriores, resolvió el tribunal lo siguiente:

“PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida el 10 de noviembre de 2010, por el Juzgado Dieciocho Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá D.C. – Sección Segunda que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda, dentro del proceso promovido por el señor Luis Enrique Muñoz Castro contra la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares y en su lugar

declarar probada la excepción de prescripción y negar las pretensiones, conforme lo (sic) expuesto en la parte motiva de la presente sentencia.

(...)"

De acuerdo a lo anterior, debe la Sala resaltar que se observa en la sentencia acusada, que el Tribunal Administrativo de Cundinamarca de manera imprecisa señaló que no había lugar a restablecer el derecho del señor Luis Enrique Muñoz Castro, por cuanto operó el fenómeno jurídico de la prescripción del derecho respecto de los años en que se presentó la diferencia, es decir, con anterioridad al 22 de abril de 2005, cuando en realidad al tratarse de un derecho contemplado en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, e inherente al derecho pensional, aplicable a los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional con fundamento en la Ley 238 de 1995, que adicionó el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, es imprescriptible.

Considera adicionalmente la Sala, que el razonamiento realizado por la autoridad judicial enjuiciada si bien estuvo bien argumentado al señalar que el derecho pensional es imprescriptible y que lo que prescriben son las mesadas o diferencias, no fue debidamente aplicado al caso concreto, pues debió efectuar un análisis más profundo del caso, de manera que se advirtiera que la reliquidación de la asignación de retiro percibida por el accionante, conforme a la variación del I.P.C. para el período 1997 a 2004, incide directamente en el monto de la asignación de retiro que percibe el actor en la actualidad, situación que no ocurrió, pues el tribunal se limitó a declarar la prescripción sin analizar esta circunstancia.

Al respecto, es preciso indicar que si bien el derecho al reajuste de la asignación de retiro no prescribe, sí lo hace el derecho al pago de las diferencias derivadas del reajuste que se haga, pues debe quedar claro que una cosa es el derecho pensional y otra es la cancelación del valor adicional que debió reconocerse y liquidarse para el pago de las mesadas pensionales, en cuanto inciden en su monto.

En reiteradas ocasiones se ha pronunciado la Sección Segunda de esta Corporación, concluyendo que para los miembros de la Fuerza Pública resulta más favorable que el reajuste de su asignación de retiro para el periodo comprendido entre el 1 de enero de 1997 y el 31 de diciembre de 2004 se efectúe con fundamento en el Índice de Precios al Consumidor certificado por el DANE y

no atendiendo el principio de oscilación previsto en el Decreto Ley 1211 de 1990. También ha señalado la jurisprudencia que con posterioridad al 31 de diciembre de 2004, es decir a partir de enero del 2005, no había diferencia porcentual que hiciera procedente el reajuste de la asignación de retiro, lo cual se encuentra fundamentado en el Decreto 4433 de 2004 “Por medio del cual se fija el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública.”.

En los diferentes pronunciamientos se ha dicho:

“La ley ha dado un tratamiento especial a las prestaciones sociales, dado su carácter de imprescriptible, por esa razón es viable que el interesado pueda elevar la solicitud de reconocimiento de su derecho en cualquier tiempo. No obstante que el derecho es imprescriptible, sí lo son las acciones que emanan de los derechos prestacionales y en consecuencia prescriben las mesadas pensionales, según el término señalado por el legislador.”⁷

Igualmente se ha reiterado:

“En este mismo sentido, como el despacho que sustancia la presente causa, en anteriores oportunidades,⁸ había determinado que en el caso de los oficiales de la Fuerza Pública les resultaba más favorable el reajuste de su asignación de retiro, con aplicación del índice(sic) de precios al consumidor I.P.C., durante el período compendio (sic) entre 1997 y 2004 la Sala, para el caso concreto, dará por probado ese hecho y en consecuencia ordenará el ajuste de las asignaciones de retiro que el actor viene percibiendo, con fundamento en el índice de precios al consumidor, I.P.C.”⁹

Quiere decir entonces, que al estar el señor Luis Enrique Muñoz Castro solicitando en la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho y a título de restablecimiento el reajuste de su asignación de retiro desde 1999 y hasta que se haga efectivo su pago, y en consecuencia el pago de las diferencias que se deriven de dicha operación; tenía el tribunal accionado el deber de establecer para que períodos era más favorable aplicar el régimen general pensional sobre el especial, para con ello concluir no sólo si la diferencia de las mesadas había prescrito, sino también en que medida dicha diferencia incide en la liquidación de la asignación mensual que se le paga a la accionante como beneficiaria de aquel.

⁷ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A. Radicación No.: 0165-2009. Actor: Juan de la Cruz Cortés Quiñones. C.P.: Alfonso Vargas Rincón.

⁸ Sentencia de 12 de febrero de 2009, Radicación 2043-2008 Actor, Jaime Alfonso Morales, Magistrado Ponente Dr. Gerardo Arenas Monsalve; Sentencia de 19 de febrero de 2009, Radicación 1731-2008, Actor Gilberto Franco Vásquez, Magistrado Ponente Dr. Gerardo Arenas Monsalve.

⁹ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B. Radicación No.: 0144-2009. Actor: Hernando García Ramírez. C.P.: Gerardo Arenas Monsalve.

Lo anterior dado que es claro que existe una diferencia entre el valor de la asignación pagada en aplicación del principio de oscilación en el período 1997-2004 y lo que debió cancelarse si se hubiera utilizado el IPC, diferencias que no se pueden pagar por estar prescritas pero que objetivamente obligan a la entidad demandada a establecer una base de liquidación superior desde el año 2004.

Así las cosas, resulta procedente amparar el derecho fundamental de la accionante, como beneficiaria del señor Luis Enrique Muñoz Castro, en tanto se observa que en la providencia referida el Tribunal accionado incurrió en un defecto sustantivo pues aplicó erradamente el término de prescripción cuatrienal previsto para reclamar el pago de las diferencias correspondientes y dispuso que no hay derecho al reconocimiento por prescripción de las mesadas, cuando de todas maneras el derecho al incremento se causó y por tanto debía declararse sin perjuicio de la prescripción de las diferencias de las asignaciones mensuales que no se reclamaron en tiempo, porque como ya se precisó, este incremento porcentual incide en las mesadas futuras.

Al respecto el Consejo de Estado ha sostenido lo siguiente:

“Así las cosas, es procedente el reconocimiento del reajuste de la asignación de retiro, según lo solicitado en la demanda, desde el año 1997, en tanto el derecho al reajuste no se ve afectado por la prescripción, no obstante la Sala debe precisar que las diferencias derivadas del reajuste si prescriben.

(...)

En este orden de ideas, en lo concerniente a la prescripción cuatrienal de las diferencias reclamadas desde el año 1997, el actor la interrumpió al presentar la petición de reajuste el 2 de febrero de 2010, por ende tendría solamente derecho al pago de las causadas desde el 2 de febrero de 2006, sin embargo a partir del año 2004, el propio legislador volvió a consagrar el sistema de oscilación como la forma de incrementar las asignaciones de retiro de los miembros de la Fuerza Pública, a través del artículo 3 de la Ley 923 de 2004, el cual fue reglamentado por el artículo 42¹⁰ del Decreto 4433 del mismo año, en consecuencia durante el período 2004 a 2006, no habría lugar al pago de las diferencias derivadas de la aplicación del IPC vigente

¹⁰ “Las asignaciones de retiro y las pensiones contempladas en el presente decreto, se incrementarán en el mismo porcentaje en que se aumenten las asignaciones en actividad para cada grado. En ningún caso las asignaciones de retiro o pensiones serán inferiores al salario mínimo legal mensual vigente. El personal de que trata este decreto, o sus beneficiarios no podrán acogerse a normas que regulen ajustes en otros sectores de la administración pública, a menos que así lo disponga expresamente la ley.”

para ese lapso de tiempo, sin embargo no se debe perder de vista que el reajuste desde el año 1997 al año 2004 debe reflejar el aumento que debió tener la asignación de haberse utilizado el IPC, lo que incide directamente en el monto de la asignación de retiro.

Lo anterior dado que es claro que existe una diferencia entre el valor de la asignación pagada en aplicación del principio de oscilación en el período 1997-2004 y lo que debió cancelarse si se hubiera utilizado el IPC, diferencias que no se pueden pagar por estar prescritas pero que objetivamente obligan a la entidad demandada a establecer una base de liquidación superior desde el año 2004".¹¹

Corolario de lo expuesto, esta Sala dejará sin efectos el fallo de segunda instancia y en su lugar tutelaré el derecho fundamental a la seguridad social de la señora Alba María Rivera de Muñoz como beneficiaria de la asignación de retiro reconocida al fallecido señor Luis Enrique Muñoz Castro. En consecuencia se dispondrá dejar sin efectos la sentencia del 22 de julio de 2011, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección C, dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho instaurado por el señor Luis Enrique Muñoz Castro contra la Caja de Sueldos de Retiro de las Fuerzas Militares.

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

F A L L A

PRIMERO: TUTÉLASE el derecho fundamental a la seguridad social de la señora Alba María Rivera de Muñoz, con fundamento en las razones expuestas en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: DÉJASE SIN EFECTOS la sentencia del 22 de julio 2011 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho instaurado por el señor Luis Enrique Muñoz Castro

¹¹ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B. Radicación No. 0300-2011. Actor: Luis Agapito Castilla Zarate. C.P.: Gerardo Arenas Monsalve.

contra la Caja de Sueldos de Retiro de las Fuerzas Militares, con radicación 11001-33-31-018-2010-00107.

TERCERO: ORDÉNASE al Tribunal Administrativo de Cundinamarca que en el término de un mes a partir de la notificación del presente fallo, profiera una nueva sentencia en el proceso de nulidad y restablecimiento promovido por el señor Luis Enrique Muñoz Castro (q.e.p.d.), de quien es beneficiaria la hoy accionante en tutela, teniendo en cuenta los lineamientos que sobre el particular se expresaron en esta providencia

Cópiese, Notifíquese y Cúmplase.

Si no fuere recurrida, envíese a la CORTE CONSTITUCIONAL para su eventual revisión.

Discutida y aprobada en sesión de la fecha.

GERARDO ARENAS MONSALVE

VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA

BERTHA LUCÍA RAMÍREZ DE PÁEZ