

ACCION DE TUTELA CONTRA DECISIONES JUDICIALES - Recuento jurisprudencial / VIA DE HECHO - Noción y alcance / VIA DE HECHO - Presupuestos

Se recuerda que 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. 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...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

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIONA POLITICA – ARTICULO 86 / DECRETO 2591 DE 1991

NOTA DE RELATORIA: Sobre la inexecutable del artículo 40 del Decreto 2591 de 1991 ver, Corte Constitucional sentencia C-543 de 1992. Acerca de cuáles defectos podían conducir a que una sentencia fuera calificada como vía de hecho estudiar, Sala Plena Corte Constitucional, sentencia T-231 de 1994 y respecto del alcance y aplicación del defecto fáctico para probar la vía de hecho, consultar Corte Constitucional sentencias SU-1184 de 2001 y SU-159 de 2002

ACCION DE TUTELA CONTRA DECISIONES JUDICIALES - Presupuestos o requisitos generales de procedibilidad

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...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...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... (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... (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... (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... 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

NOTA DE RELATORIA: Sobre las causales de procedibilidad de la acción de tutela contra providencia judicial y su aplicación, ver Corte Constitucional sentencia C-590/05

PENSION O ASIGNACION DE RETIRO DE LA FUERZA PUBLICA - Se aplica el sistema de oscilación para actualizarlas o causarlas a partir del 31 de diciembre de 2004 / PENSION O ASIGNACION DE RETIRO DE LA FUERZA PUBLICA - Se les aplica la prescripción cuatrienal / PENSION O ASIGNACION DE RETIRO DE LA FUERZA PUBLICA - el hecho de que haya operado el fenómeno de la prescripción sobre algunas mesadas no impide que se realice el reajuste de las mismas según el sistema que deba implementarse

Al realizar la referida interpretación, particularmente el hecho de que se citen los

artículos 3.13 de la Ley 923 de 2004 y 42 del Decreto 4433 del mismo año, al momento de establecer de qué manera ha operado el fenómeno de la prescripción de las acreencias reclamadas, estima la Sala que las autoridades accionadas incurrieron en un defecto sustantivo, pues las normas antes señaladas no tienen incidencia alguna respecto a la prescripción de las acreencias reclamadas, pues simplemente están consagrado que en adelante para las pensiones y asignaciones del personal de la Fuerza Pública, se vuelve a aplicar el sistema de oscilación. En efecto, si las sentencias controvertidas reconocen que la accionante tiene derecho al reajuste de la base de su asignación y que dicha circunstancias puede tener incidencia en las mesadas futuras, en atención a la naturaleza periódica de dicha prestación, están reconociendo que el monto de éstas pudo incrementarse, en especial durante los periodos en que debieron actualizarse con fundamento al IPC, y por lo tanto, que al momento de actualizar la referida prestación con base al principio de oscilación (desde el 31 de diciembre de 2004), el monto de la mesada podría ser mayor al que en efecto se reconoció, motivo por el cual en adelante, su beneficiario terminó recibiendo una suma menor de dinero a la que le correspondía...En ese orden de ideas, el hecho de que al 31 de diciembre de 2004 haya vuelto implementarse el sistema de oscilación para actualizar las pensiones y asignaciones de retiro para los miembros de la Fuerza Pública, no impide que frente a la accionante como consecuencia de habersele reconocido el derecho al reajuste de la base de la asignación, reclame la diferencia de las sumas que debió haber recibido, aunque sólo puede reclamar éstas dentro de los 4 años anteriores a la solicitud que elevó, y a pesar que dicho plazo tenga lugar después del límite de actualización de dichas prestaciones con fundamento en el IPC. Lo anterior se reitera, porque un asunto es que se haya previsto dicho límite para la actualización con fundamento en el IPC, y otro muy distinto, que en virtud de la prescripción cuatrienal sólo haya lugar a reconocer las diferencias de las acreencias causadas 4 años antes de la presentación la solicitud, y que deben ser reconocidas como consecuencia del reconocimiento del derecho al reajuste de la base de la mencionada prestación. Por supuesto, lo hasta aquí expuesto no quiere decir que el hecho de que el reajuste de la asignación de retiro con fundamento en la variación porcentual del IPC incida directamente en la base de dicha prestación, significa que ésta siempre y en adelante deba ser actualizada de dicha forma... Tampoco que se está indicando que la asignación de retiro se está actualizando respecto a un mismo periodo dos veces, con fundamento en el IPC y con el principio de oscilación, pues se está distinguiendo que la base de la prestación antes del 2005 debió reajustarse con el IPC...dicha prestación debidamente reajustada en su base, se debía continuar actualizando pero con fundamento en el principio de oscilación, de conformidad con los artículos 3.13 de la Ley 923 de 2004 y 42 del Decreto 4433 del mismo año, de manera tal que se está diferenciando durante qué tiempo es procedente la actualización con IPC y durante qué periodo con el referido principio, sin que en ningún momento se presente que las asignación de retiro se esté actualizando con las dos metodologías simultáneamente... Por lo tanto, en criterio de la Sala sí surge el derecho para la accionante de recibir la diferencia entre lo que recibió y debió recibir, pero limitado al término de prescripción cuatrienal...por lo que no tiene derecho a las diferencias causadas antes del 14 de julio de 2006, pero sí a las causadas con posterioridad

FUENTE FORMAL: LEY 923 DE 2004 / DECRETO 4433 DE 2004

NOTA DE RELATORIA: Sobre el particular ver: Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 15 de noviembre de 2012, expediente: 2500023250002010005111 01, C.P. Gerardo Arenas Monsalve

DEFECTO SUSTANTIVO - Vulnera el derecho fundamental del debido

Las autoridades accionadas incurrieron en un defecto sustantivo al reconocer que la accionante tiene derecho al reajuste de la base de su asignación de retiro, pero de manera contradictoria negaron las diferencias de las mesadas que la aquella debió recibir durante el periodo en que no operó el fenómeno de la prescripción (del 14 de julio de 2006 en adelante), al interpretar incorrectamente que por disposición de los artículos 3.13 de la Ley 923 de 2004 y 42 del Decreto 4433 del mismo año, no había lugar a reconocer dichas diferencias, como si las mencionadas normas tuvieran incidencia en el término de prescripción, o permitieran predicar que desde el momento en que se actualiza la asignación de retiro con fundamento en el principio de oscilación, se subsana el hecho de que la demandante ha venido percibiendo su mesada en un menor valor porque su base antes del 2005, no está debidamente actualizada. Estiman la Sala que al incurrir en un defecto sustantivo las autoridades judiciales accionadas, las mismas vulneraron el derecho al debido proceso

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

SUBSECCION B

Consejero ponente: GERARDO ARENAS MONSALVE

Bogotá, D.C., veintiuno (21) de octubre de dos mil trece (2013)

Radicación número: 11001-03-15-000-2012-01105-01(AC)

Actor: BETTY QUINTERO DE SAENZ

Demandado: JUZGADO CUARTO ADMINISTRATIVO DE DESCONGESTION DE IBAGUE Y EL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL TOLIMA

Decide la Sala la impugnación interpuesta por la parte accionada, en contra de la sentencia del 9 de agosto de 2012, por medio de la cual el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, negó por improcedente la acción de tutela instaurada.

ANTECEDENTES

En ejercicio de la acción consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política, Betty Quintero de Sáenz, mediante apoderado, acudió ante el Consejo de Estado, con el fin de solicitar la protección de los derechos y principios a la igualdad, debido proceso, y a la situación más favorable al trabajador, presuntamente

vulnerados por el Juzgado Cuarto Administrativo de Descongestión de Ibagué y el Tribunal Administrativo del Tolima.

Solicita al juez de tutela, en amparo de los derechos y principios invocados, que se dejen sin efectos las sentencias proferidas por las autoridades judiciales accionadas dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho N° 0538, que promovió contra la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares.

Adicionalmente pretende que se le ordene al Tribunal Administrativo del Tolima, que dentro del mencionado proceso emita una nueva sentencia teniendo en cuenta la línea jurisprudencial del Consejo de Estado sobre el asunto objeto de discusión, y en consecuencia a título de restablecimiento del derecho, ordene el reajuste de la base de liquidación de su asignación de retiro, teniendo en cuenta la variación del IPC durante los años 1997 a 2004, así como el pago de las mesadas no prescritas a partir del 14 de julio de 2006, de conformidad con la prescripción cuatrienal establecida en el artículo 174 del Decreto 1211 de 1990.

Lo anterior lo fundamentó en los siguientes hechos y consideraciones (Fls. 2-16):

Indica que la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares mediante la Resolución N° 1452 del 19 de octubre de 1995, le reconoció "*pensión de beneficiario*", y que el día 14 de julio de 2010 le solicitó a dicha entidad "*el reconocimiento, liquidación y pago del reajuste por Índices de Precios al Consumidor (IPC) en su pensión en virtud de los incrementos decretados por el Gobierno Nacional para los años 1997, 1999, 2001, 2002, 2003, 2004 y siguientes, en razón que no se realizaron con base en el Índice de Precios al Consumidor (IPC) y fueron inferior a éste*".

Destaca que dicha petición fue negada por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares mediante oficio del 28 de julio de 2010, por lo que se vio obligada a acudir a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, mediante la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, que en primera instancia fue conocida por el Juzgado Cuarto Administrativo de Descongestión de Ibagué.

Relata que el mencionado Juzgado mediante sentencia del 6 de octubre de 2011 negó las pretensiones de la demanda, y declaró "*la prescripción del derecho y las mesadas no prescritas de los últimos cuatro años*".

Indica que la sentencia antes señalada fue impugnada por ambas partes, por lo que la misma fue revisada por el Tribunal Administrativo del Tolima, que a través de sentencia del 16 de abril de 2012, *“confirma la sentencia del A quo, que niega el pago de las mesadas no prescritas de los últimos cuatro años de la pensión desde el 14 de julio de 2006, por prescripción del derecho”*.

Alega que las autoridades judiciales accionadas, en especial el Tribunal, a pesar de reconocer *“el derecho a los incrementos y reajustes conforme al IPC, cuando los reajustes por el principio de oscilación son inferiores al IPC”*, en su caso de manera incorrecta declararon la prescripción del derecho, *“en vez de aplicar la prescripción de las mesadas”*, en claro desconocimiento de la reciente jurisprudencia del Consejo de Estado sobre el particular.

A renglón seguido expone cómo entre los años 1997 a 2004 (con excepción de 1998 y 2000), los reajustes realizados con base en el principio oscilación por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, resultan inferiores a los realizados con fundamento en el IPC.

Argumenta que *“el A-quem negó las pretensiones de la demanda al aplicar la prescripción del derecho, al negar los reajustes y la reliquidación del periodo 1997 hasta el 2004, y posteriormente aplica la prescripción errada del derecho, en vez de las mesadas, y desconoce el pago de las mesadas no prescritas a partir del 14 de julio de 2006, por la supuesta entrada en vigencia del Decreto 4433 de 2004, y el supuesto límite al derecho, decisión que soporta en precedentes obsoletos del Consejo de Estado que no representan la línea, ni el precedente vigente del máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo”*.

Sostiene que de conformidad con la jurisprudencia del Consejo de Estado, *“dada la naturaleza de la asignación de retiro, como una prestación periódica, es claro que el hecho de que se haya accedido a la reliquidación de la base con fundamento en el IPC, hace que tal monto se vaya incrementado de manera cíclica y a futuro de manera ininterrumpida, pues como se ha precisado en anteriores oportunidades las diferencias reconocidas a la base pensional sí deben ser utilizadas para la liquidación de las mesadas posteriores”*¹.

¹ En tal sentido cita la siguiente providencia: Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 27 de enero de 2011, radicación 2007-00141-01, C.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

Agrega que conformidad con las sentencias que a continuación se citan, de manera reiterada y unificada se ha determinado que *“las asignaciones de retiro (pensiones) no tienen límite alguno en cuanto a los derechos y por consiguiente los reajustes del lapso 1997 – 2004, no tienen prescripción, la prescripción opera respecto a las mesadas no reclamadas de los últimos cuatro años como lo establece la norma aplicable (Decreto 1211 de 1990, artículo 174), es evidente que los reajustes al 31 de diciembre de 2004, afectan la base de la liquidación de los años subsiguientes”*:

- Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 15 de julio de 2010, radicación 2061-2009, C.P. Víctor Hernando Alvarado Ardila.

- Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 29 de julio de 2010, radicación 1631-2008, C.P. Alfonso Vargas Rincón.

- Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 25 de noviembre de 2010, radicación 2062-2009, C.P. Víctor Hernando Alvarado Ardila.

- Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 13 de octubre de 2011, radicación 2011-01175-00, C.P. Gerardo Arenas Monsalve.

- Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 27 de julio de 2011, radicación 2011-00725-00, C.P. Víctor Hernando Alvarado Ardila.

Resalta que con la última de las sentencia señaladas, *“se hace claridad y queda sentado el precedente y se unifica la línea jurisprudencial en el sentido de determinar que las asignaciones de retiro (pensiones) no tienen límite alguno en cuanto a los derechos y por consiguiente los reajustes del lapso 1997-2004, no tienen prescripción, la prescripción opera sólo respecto a las mesadas no reclamadas de los últimos cuatro años como lo establece la norma aplicable (Decreto 1211 de 1990, artículo 174), es evidente que los reajustes al 31 de diciembre de 2004, afectan la base de liquidación de los años subsiguientes”*. Añade que, *“con la anterior sentencia queda demostrada la vía de hecho judicial del a-quo y el a-quem al desconocer los derechos fundamentales que se están solicitando su protección, y la Ley 1395 del 12 de julio de 2010, de Descongestión de los Despachos Judiciales, en su artículo 115, sobre la obligatoriedad de su aplicación”*.

Por las anteriores razones estima que las autoridades judiciales accionada incurrieron en defecto sustantivo y en desconocimiento del precedente principalmente, lo que hace procedente la acción de tutela de conformidad con la jurisprudencia de la Corte Constitucional, y que *“le asiste el derecho que se le reconozca las mesadas de los últimos 4 años, desde la fecha que se hizo la reclamación administrativa, que para el caso concreto fue el 14 de julio de 2010, fecha de la reclamación y en consecuencia se le debe reconocer (...) las mesadas y reajustar las diferencias de las mismas a partir del 14 de julio de 2006, y declarar prescritas las mesadas anteriores a esta fecha”*.

LA PROVIDENCIA IMPUGNADA

Mediante sentencia del 9 de agosto de 2012, la Sección Primera del Consejo de Estado negó por improcedente la acción de tutela por las razones que a continuación se sintetizan (Fls. 143-149):

Estima que la acción de tutela por dirigirse contra una decisión judicial es improcedente *“conforme a los lineamientos jurisprudenciales de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado”*.

En tal sentido resalta que la Corte Constitucional mediante la sentencia C-543 de 1992, declaró inexecutable los artículos 11, 12 y 40 del Decreto 2591 de 1991, que permitían la procedencia de la acción de tutela contra providencias.

A renglón seguido indica que de conformidad con su jurisprudencia la acción de tutela sólo es procedente contra sentencias por vulneración del derecho de acceso a la administración de justicia, *“pues la sola existencia de un proceso terminado mediante providencia en firme, evidencia que el afectado tuvo a disposición un medio judicial de defensa de su derecho y que pudo ejercerlo, bien como demandante o impugnador hasta agotarlo”*.

Al revisar las providencias controvertidas en esta oportunidad, sostiene *“que la parte actora intervino en todas las etapas procesales, solicitó las pruebas, formuló peticiones, alegatos de conclusión y contravirtió los argumentos de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, lo que desvirtúa la violación de los derechos fundamentales al debido proceso y a la defensa”*.

A renglón seguido indica que como no se probó la vulneración del derecho de acceso a la administración de justicia, “*único presupuesto admisible para la procedencia de la acción de tutela contra providencia judicial*”, aquélla debe negarse.

RAZONES DE LA IMPUGNACIÓN

El accionante mediante escrito del 17 de septiembre de 2012 impugnó la sentencia antes descrita, indicando que no se analizaron de fondo los argumentos que expuso, en especial las sentencias de la Sección Segunda del Consejo de Estado frente a casos similares al suyo, en las que se ha reiterado que “*el derecho al reajuste de la asignación de retiro no prescribe y debe reconocerse, aunque el valor de las mesadas o la diferencia sí hubiere prescrito, pues el incremento porcentual incide en las mesadas futuras*” (Fls. 156-158).

TRÁMITE PROCESAL

La Sección Primera de esta Corporación antes de resolver sobre la concesión de la impugnación interpuesta, mediante auto del 13 de noviembre de 2012 ofició a la Corte Constitucional para que devolviera el expediente de la referencia, en tanto éste fue enviado el 14 de septiembre de 2012 (Fl. 159).

Después de devuelto el expediente, la impugnación interpuesta se concedió el 24 de julio de 2013 (Fl. 164), por lo que el asunto fue repartido a la Sección Segunda del Consejo Estado, particularmente al despacho del Consejero de Estado Gerardo Arenas Monsalve, el 20 de agosto de 2013 (Fl. 171).

Al revisar en la página web de la Corte Constitucional², para precisar qué decisión adoptó la misma cuando se le envió el expediente de la referencia, se advierte que excluyó éste de revisión el 10 de octubre de 2012³.

Con el fin de establecer en qué fecha la demandante fue notificada de la sentencia de primera instancia, para precisar si impugnó la misma oportunamente, mediante auto del 12 de septiembre de 2013 se ofició a la empresa de correos 4-72 para tal efecto (Fl. 172), que a pesar de los requerimientos realizados por la Secretaría

² En la página www.corteconstitucional.gov.co, particularmente en el buscador de consulta de acciones de tutela, introduciendo el apellido de la accionante “Quintero de Saenz”.

General de esta Corporación (Fls. 173-182) no suministró la información solicitada⁴.

En atención a la anterior situación y con el fin de resolver la impugnación presentada por la accionante, en aplicación del principio de buena fe se presume que la misma contravirtió oportunamente el fallo de primera instancia proferido por la Sección Primera del Consejo de Estado, teniendo en cuenta adicionalmente, la inexistencia de elementos de juicio que permitan concluir lo contrario.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

I. Consideraciones preliminares

Antes de analizar el fondo del asunto, estima la Sala pertinente exponer las razones por las cuales a pesar que la acción de tutela de la referencia fue excluida por la Corte Constitucional en sede revisión, es procedente que se analice la impugnación que la accionante presentó contra la sentencia del 9 de agosto de 2012 de la Sección Primera del Consejo de Estado.

En tal sentido se tiene de acuerdo a lo expuesto en el acápite titulado trámite procesal de esta providencia, que el expediente de la referencia fue remitido a la Corte Constitucional antes de que se surtiera la impugnación presentada por la demandante, motivo por el cual aquélla alcanzó analizar el mismo excluyéndolo de revisión, con lo cual en principio el presente asunto habría finalizado teniendo en cuenta lo decidido en la sentencia de primera instancia de la Sección Primera de esta Corporación.

No obstante lo anterior, en criterio de la Sala la controversia planteada por la peticionaria aún no ha concluido, en atención a frente a la misma no se ha resuelto la impugnación que presentó, cuya resolución de conformidad con el Decreto 2591 de 1991 constituye un requisito y/o etapa anterior, para que la Corte Constitucional en sede revisión, decida si se selecciona o no el caso de autos.

Frente a la situación descrita, resultan ilustrativas entre otras providencias, los autos 123 de 2006⁵, 114 de 2008⁶, 035⁷ y 379⁸ de 2010 de la Corte Constitucional,

⁴ Por la anterior circunstancia el expediente fue devuelto al despacho del Magistrado Ponente el 10 de octubre de 2013 (Fl. 183)

⁵ M.P. Rodrigo Escobar Gil.

en los que puede apreciarse que esa Corporación ha dispuesto la devolución de los expedientes a los jueces de tutela, cuando aquéllos se enviaron para su eventual revisión sin que se haya surtido el trámite de la segunda instancia, debido a que el apelante fue notificado de la sentencia de primer grado después de remitido el expediente correspondiente a la Corte Constitucional, y/o antes de que venciere el término de 3 días para impugnar.

Respecto a dichas situaciones el Tribunal Constitucional ha considerado que deben adelantarse las gestiones pertinentes para garantizar el derecho a la doble instancia de las partes que impugnaron oportunamente los fallos de tutela, y por ende, en algunas ocasiones en sede de revisión ha dispuesto la devolución del expediente correspondiente a fin de que se analice de fondo por los jueces de instancia el escrito de impugnación.

En el caso de autos se reitera, en aras de garantizar la segunda instancia dentro del presente proceso, la Sección Primera del Consejo de Estado le solicitó a la Corte Constitucional la devolución del expediente correspondiente, y concedió la impugnación interpuesta para que la misma fuera analizada de manera integral.

Por las anteriores circunstancias se estima que en estricto sentido no puede hablarse de la existencia de una cosa juzgada material, aunque la Corte Constitucional haya excluido de revisión la demanda, en tanto aún falta por surtirse dentro del trámite de la acción de tutela la segunda instancia, que debe finalizar para que la Corte Constitucional se pronuncie de manera definitiva en sede revisión, de conformidad con el Decreto 2591 de 1991.

En ese orden de ideas a continuación se analizarán los motivos de inconformidad del accionante frente al fallo de tutela proferido por la Sección Primera de esta Corporación.

II. La acción de tutela contra decisiones judiciales

Como la razón principal por la que la Sección Primera de esta Corporación negó la acción de tutela instaurada consiste en que ésta es improcedente contra decisiones judiciales, salvo ante la vulneración del derecho de acceso a la administración de justicia, es pertinente realizar algunas consideraciones sobre

⁶ M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

⁷ M.P. Rodrigo Escobar Gil.

⁸ M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

dicha modalidad de la acción constitucional, que ha sido aceptada ampliamente al interior del Consejo de Estado, teniendo en cuenta en buena parte las pautas jurisprudenciales trazadas en la materia por la Corte Constitucional.

En ese orden de ideas se recuerda que 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.

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 omita la práctica o consideración de pruebas decisivas⁹, las pruebas existentes se valoran de manera contra-evidente¹⁰, se consideran pruebas inadmisibles¹¹ o cuando la valoración resulta abiertamente contraria a los postulados constitucionales. Empero, tal como lo sostuvo la Corporación en la sentencia T-025 de 2001¹², 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 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”¹³.

⁹ 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

¹⁰ 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...”

¹¹ 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.”

¹² M.P. Eduardo Montealegre Lynett. En similar sentido T-329 de 1996 M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

¹³ Cfr. sentencia T-442 de 1994 M.P. Antonio Barrera Carbonell.

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:

“...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.

En tercer lugar, porque 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.

Finalmente es pertinente destacar, que la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, que había sostenido que la acción de tutela es improcedente para controvertir decisiones judiciales¹⁴, rectificó su posición mediante la sentencia del 31 de julio de 2012¹⁵, en el sentido de disponer que la acción constitucional es procedente contra providencias, cuando vulneren derechos fundamentales, “*observando al efecto los parámetros fijados hasta el momento jurisprudencialmente*”, parámetros que esta Subsección con anterioridad

¹⁴ Sobre el particular pueden consultarse las siguientes providencias de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado: 1) 29 Ene. 1992, r AC – 009, Dolly Pedraza de Arenas. 2) 31 Ene. 1992, r AC – 016, Guillermo Chahín Lizcano. 3) 3 Feb. 1992, r AC – 015, Luis Eduardo Jaramillo. 4) 27 Ene. 1993, r AC-429, Carlos Arturo Orjuela Góngora. 5) 29 Jun. 2004, e 2000-10203-01, Nicolás Pájaro Peñaranda. 6) 2 Nov 2004, e 2004-0270-01, Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta. 7) 13 Jun. 2006, e 2004-03194-01, Ligia López Díaz. 8) 16 Dic. 2009, e 2009-00089-01, Rafael E. Ostau De Lafont Pianeta.

¹⁵ Expediente 11001-03-15-000-2009-01328-01. C.P. María Elizabeth García González.

al fallo antes señalado viene aplicando en los términos arriba expuestos¹⁶.

III. Análisis del caso en concreto

Hechas la anteriores precisiones, se advierte que la accionante en amparo de los derechos y principios invocados, pretende que se dejen sin efectos las sentencias proferidas por las autoridades judiciales accionadas dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho N° 0538, que promovió contra la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, y en su lugar se le ordene al Tribunal Administrativo del Tolima, que dentro del mencionado proceso emita un nuevo fallo en el que ordene el reajuste de la base de liquidación de la asignación de retiro, teniendo en cuenta la variación del IPC durante los años 1997 a 2004, así como el pago de las mesadas no prescritas a partir del 14 de julio de 2006, de conformidad con la prescripción cuatrienal establecida en el artículo 174 del Decreto 1211 de 1990.

Lo anterior fundamentalmente, porque estima que las autoridades judiciales accionadas al resolver la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho que presentó a fin de que se declarara la nulidad del acto administrativo mediante el cual se le negó el reajuste y reliquidación de la asignación de retiro que percibe en calidad de beneficiaria, de un lado, declararon la prescripción del derecho al reajuste de la referida prestación, y de otro, negaron en su favor el pago de las mesadas no prescritas a partir del 14 de julio de 2006, en desconocimiento de la jurisprudencia del Consejo de Estado sobre el particular.

Para tener una mayor comprensión de los mencionados motivos de inconformidad, se estima pertinente precisar el contenido de las decisiones judiciales que se pretenden dejar sin efectos a través de la presente acción, por lo que a continuación se describirá brevemente qué fue lo solicitado en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho por la accionante, y lo decidido por el Juzgado Cuarto Administrativo de Descongestión de Ibagué y el Tribunal Administrativo del Tolima.

¹⁶ Entre otras, de esta Subsección pueden consultarse las siguiente providencias: 1) 28 Ago. 2008, e 2008-00779-00, Gerardo Arenas Monsalve. 2) 22 Oct. 2009, e 2009-00888-00, Victor Hernando Alvarado Ardila. 3) 22 Oct. 2009, e 2009-00889-00, Victor Hernando Alvarado Ardila. 4) 3 Feb. 2010, e 2009-01268-00, Gerardo Arenas Monsalve. 5) 25 Feb. 2010, e 2009-01082-01, Victor Hernando Alvarado Ardila. 6) 19 May. 2010, e 2010-00293-00, Gerardo Arenas Monsalve. 6) 28 Jun. 2011, e 2010-00540-00, Gerardo Arenas Monsalve. 7) 30 Nov. 2011, e 2011-01218-00, Victor Hernando Alvarado Ardila. 8) 2 Feb. 2012, e 2011-01581-00, Gerardo Arenas Monsalve. 9) 23 Feb. 2012, e 2011-01741-00, Victor Hernando Alvarado Ardila. 10) 15 Mar. 2012, e 2012-00250-00, Gerardo Arenas Monsalve.

En ese orden de ideas se evidencia del relato de los hechos que realizaron las autoridades judiciales accionadas en las providencias controvertidas (Fls. 18-40), que al esposo de la accionante en el año 1969 le fue reconocida la asignación de retiro, y que dicha prestación en el año 1995 le fue reconocida aquélla en calidad de beneficiaria por el fallecimiento de su cónyuge.

Asimismo se observa que la peticionaria considerando que dicha prestación no estaba siendo reajusta de conformidad con IPC para que mantenga su poder adquisitivo, el 14 de julio de 2010 le solicitó a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares *“el reconocimiento, liquidación y pago del reajuste por índice de precios al consumidor, en su asignación básica de retiro, en virtud de los incrementos decretados por el Gobierno Nacional para los años 1997, 1999, 2001, 2002, 2003 y 2004, (que) no se realizaron con base en el índice de precios al consumidor IPC, y fueron inferiores a éste”* (Fl. 19).

La petición ante señalada fue negada por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, por lo que la demandante acudió a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho solicitando lo siguiente:

“(...) se declare la nulidad del acto administrativo contenido en el oficio N° 320 CREMIL 54740 consecutivo 38151 del 28 de julio de 2010, por medio del cual, se niega el reajuste y la reliquidación de la asignación de retiro, y el pago de los dineros retroactivos, resultantes de la diferencia económica entre lo pagado y dejado de pagar, con su respectiva indexación, que en derecho corresponde, en virtud a los aumentos decretados por el Gobierno Nacional conforme al índice de precios al consumidor IPC.

Que como consecuencia de las anteriores declaraciones y a manera de restablecimiento del derecho, se ordene a la demandada, reliquidar y cancelar los reajustes anuales de las mesadas pensionales que percibe el demandante con la inclusión de los porcentajes del índice de precios al consumidor, decretados por el DANE” (Fl. 18).

La mencionada demanda fue conocida en primera instancia por el Juzgado Cuarto Administrativo de Descongestión de Ibagué, que mediante sentencia del 6 de octubre de 2011 declaró la nulidad del acto administrativo demandado, y en consecuencia ordenó lo siguiente (Fl. 28):

“ORDENASE a la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES y con fundamento en las facultades otorgadas por el art. 170 del CCA, proceda a revisar los incrementos de la asignación de retiro y reajustarlos anualmente

con base en el índice de precios al consumidor IPC, en los eventos en los cuales sea mayores a los originados en virtud del principio de oscilación, desde el año 1997, o desde la fecha en que se le haya reconocido su asignación de retiro hasta el 31 de diciembre de 2004, a la luz de lo dispuesto en la Ley 923 de 2004 reglamentada por el artículo 42 de la Ley(sic) 4433 de la misma anualidad de acuerdo a lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia.

TERCERO: DECLÁRANSE prescritas las mesadas, por encontrarse fuera del límite establecido por el legislador”.

Para adoptar la anterior decisión en síntesis el referido Juzgado expuso las siguientes razones:

- Afirma que el accionante pretende para efectos de reajustar la asignación de retiro que es asimilable a la pensión, que se le aplique el porcentaje más favorable entre el incremento por aplicación del principio de oscilación (que tiene en cuenta el porcentaje en que se aumenten las asignaciones de los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo¹⁷) y el IPC, este último con fundamento en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993.

- Indica que por ser la asignación de retiro una prestación periódica, al reliquidarse la base de la misma con fundamento en el IPC, trae como consecuencia que su monto se vaya *“incrementado de manera cíclica y a futuro, de manera ininterrumpida, como quiera que las diferencias reconocidas a la base pensional sí deben ser utilizadas para la liquidación de las mesadas posteriores”*.

- Destaca que el artículo 42 del Decreto 4433 del 31 de diciembre de 2004¹⁸, que reglamentó la Ley 923 de 2004, respecto de las asignaciones de retiro y pensiones de las Fuerza Pública, estableció que volverían a ser reajustadas con fundamento en el sistema de oscilación, motivo por el cual desde el 31 de diciembre de 2004,

¹⁷ Artículo 3.13 de la Ley 923 de 2004.

¹⁸ “Artículo 42. *Oscilación de la asignación de retiro y de la pensión.* 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.”

no hay lugar un aplicar el reajuste de las mesadas con fundamento en el IPC, que se predica desde la vigencia de la Ley 238 de 1995¹⁹

- No obstante lo anterior precisa que el límite del derecho a reajustar con base en el IPC hasta el 31 de diciembre de 2004, *“se hace respecto a la posterior reliquidación de las mesadas, más no, como límite para proceder a solicitar el derecho que es imprescriptible por tratarse de una prestación periódica”*.

- En tal sentido añade *“que si bien se aprecia que el derecho al incremento del IPC que se persigue en la presente acción, se comenzó a ejecutar desde la vigencia de la Ley 238 de 1995, advierte el despacho, que como nos encontramos frente a una prestación periódica, (incremento de la asignación de retiro, que se asimila a una pensión de jubilación), el derecho puede ser reclamado en cualquier tiempo, sin que se aplique el fenómeno de la caducidad, a fin de permitir el ejercicio de un derecho imprescriptible, aunque sí prescriben los incrementos (...)”*.

- Después de aclarar en los términos antes señalados que el reajuste con fundamento al IPC sólo es posible hasta el 31 de diciembre de 2004, indica que en aplicación de prescripción cuatrienal prevista del artículo 174 del Decreto 1211 de 1990, en el caso de la accionante prescribieron (las diferencias de) las mesadas **anteriores** al 14 de julio de 2006, teniendo en cuenta que solicitó el reajuste de su asignación el día 14 de julio de 2010.

No obstante lo anterior, respecto a (la diferencia de) las mesadas causadas **después** de la fecha de prescripción cuatrienal, es decir, después del 14 de julio de 2006, afirma que no pueden ser pagadas, porque la fecha antes señalada es **posterior** al límite legalmente establecido (31 de diciembre de 2004), para actualizar pensiones o asignaciones de retiro para los miembros de la Fuerza Pública fundamento en el IPC.

Sobre las anteriores consideraciones expresamente el mencionado juzgado señaló (Fl. 26):

¹⁹ Teniendo que dicha ley respecto del Régimen de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, frente al cual por regla general no se aplica lo previsto en la Ley 100 de 1993 (ver art. 279), consagró la posibilidad de que las pensiones se reajustaran según el artículo 14 de la norma antes señaladas, es decir, con fundamento en el IPC certificado por el DANE.

“En lo relacionado con la prescripción de las mesadas, precisa el despacho que en el presente caso, se deben declarar prescritos los derechos causados antes del **14 de julio de 2006**, toda vez que en estos casos, se debe aplicar la prescripción cuatrienal, según lo establecido en el artículo **174 del Decreto 1211 de 1990**, y resultó demostrado que la parte demandante presentó petición de pago, el **14 de julio de 2010**. (Folios 10-12).

Sin embargo precisa el despacho que como **la fecha de prescripción es posterior al límite establecido por el legislador**, dichas mesadas no pueden ser pagadas por parte de la entidad, debiendo advertirse, que sin bien los incrementos de las referidas mesadas prescriben más allá de los cuatros años, **no acontece lo mismo con el derecho que es imprescriptible**”.

- Con fundamento en las consideraciones hasta aquí expuestas, estima que la accionante tiene derecho al reajuste anual de su asignación, teniendo en cuenta el IPC cuando su porcentaje sea mayor al determinado en virtud del principio de oscilación, a fin de establecer una nueva base para la liquidación de las mesadas que a futuro le correspondan, sin embargo precisa que en favor de la peticionaria no hay lugar a ordenar el pago de emolumento alguno, en tanto en su caso la fecha de la prescripción cuatrienal, 14 de julio de 2006, tuvo lugar después del límite legalmente establecido para reajustar dicha prestación con el IPC (31 de diciembre de 2004). Para mayor ilustración se transcriben a continuación los apartes pertinentes:

“Por lo anterior, el despacho ordenará que la entidad accionada proceda a **reconocer** al accionante, la diferencia que surja entre el reajuste anual de su asignación de retiro, entre la aplicación de las normas que al respecto rigen a la entidad accionada y el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, debiendo precisar que una vez establecidas las diferencias y el nuevo monto de la asignación de retiro, éste debe ser tenido en cuenta como base para la liquidación de las mesadas posteriores, según sea el caso, sin que proceda el pago de ningún emolumento a favor del accionante, toda vez que resultó demostrado que la fecha en la cual se debería ordenar el pago por concepto del reajuste de la asignación de retiro del demandante conforme al IPC, esto es, **14 de julio de 2006**, (4 años anteriores a la fecha de presentación de la solicitud – **14 de julio del 2010**), es posterior al **31 de diciembre del 2004**, fecha establecida por el legislador, a través de la Ley 923 de 2004, reglamentada por el artículo 42 del Decreto 4433 del 31 de diciembre de 2004, que volvió a establecer el sistema de oscilación, lo cual conlleva a que la entidad demandada deba proceder a **reliquidar y reajustar** los incrementos de la asignación de retiro con base en el IPC, desde el 1997, o desde la fecha en que le haya sido reconocida la asignación, hasta el 31 de diciembre de 2004, sin que se genere algún tipo de pago, como quiera que la solicitud de reliquidación se efectuó con posterioridad al límite dispuesto por el legislador, procediéndose de esta manera, con la única finalidad de **establecer la nueva base que debe ser tomada en cuenta para la liquidación de las mesadas posteriores**, con base en el principio de oscilación, establecido en la normatividad vigente y aplicable al demandante”.

La decisión antes descrita en segunda instancia fue confirmada parcialmente por el Tribunal Administrativo del Tolima, que mediante sentencia del 16 de abril de 2012 manifestó estar de acuerdo con el sentido del fallo del *A quo*, aunque consideró necesario adicionar el mismo en el siguiente sentido (Fl. 40):

“SEGUNDO: ADICIONAR el fallo apelado, en el sentido que la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional al reliquidar la asignación de retiro del actor teniendo en cuenta la diferencia que resulte entre el incremento o reajuste anual reconocido y el IPC, desde el momento en que adquirió el derecho y las que se generen a futuro, como consecuencia de la reliquidación de la base pensional. Frente a este aspecto no estará obligada a efectuar ningún pago”

En sustento de la sentencia del 16 de abril de 2012, el Tribunal Accionado expuso los siguientes argumentos (Fls. 29-40):

- Indica que a partir de la Ley 238 de 1995, los sectores excluidos de la aplicación de la Ley 100 de 1993, entre ellos la Fuerza Pública, tienen derecho al reajuste de las pensiones o asignaciones con base en el IPC, previsto en el artículo 14 de la Ley antes señalada, razón por la cual la accionante tiene derecho a recibir la diferencia existente entre las sumas de dinero que recibió por concepto de los *“reajustes pensionales derivados del aumento de las asignaciones en actividad de los oficiales de la Policía Nacional establecidos en los Decretos 122 de 1997, 58 de 1998, 62 de 1999, 2724 de 2000, 2737 de 2001, 745 de 2002 y 3552 de 2003”* y el IPC correspondiente.

- Sin embargo precisa que dicho reajuste tiene un límite legal, el 31 de diciembre de 2004, en tanto hasta esa fecha el legislador volvió a establecer el sistema oscilación para reajustar las asignaciones de retiro y pensiones para la Fuerza Pública, de conformidad con el artículo 3.13 de la Ley 923 de 2004 y el artículo 42 del Decreto 4433 del mismo año.

- A renglón seguido indica que en el caso de la accionante y teniendo en cuenta lo previsto en el artículo 174 del Decreto 1211 de 1990, para aquélla se encuentran prescritas las mesadas causadas con anterioridad al 14 de julio de 2006, teniendo en cuenta que solicitó el referido reajuste el 14 de julio de 2010.

Sin embargo, también precisa que la accionante tampoco tiene derecho al pago de las diferencias producto del reajuste después del 14 de julio de 2006, en tanto para esa fecha ya había vencido el límite legalmente previsto para realizar el mismo con fundamento en el IPC (31 de diciembre de 2004, de conformidad con la Ley 923 de 2004 y el Decreto 4433 de 2004), lo que no significa que dicho reajuste no deba efectuarse para que se vea reflejado en sus mesadas futuras.

Para mayor ilustración se transcriben a continuación los apartes pertinentes del fallo del 16 de abril de 2012 del Tribunal Administrativo del Tolima:

“Es preciso anotar, respecto del límite del derecho alegado, de conformidad con lo expresado en providencia del Honorable Consejo de Estado – Sección Segunda – Magistrado Ponente Gerardo Arenas Monsalve del día 12 de febrero del año en curso, que el mismo se reajustará o incrementará hasta el 31 de diciembre de 2004, por cuanto, hasta ese año el legislador volvió a establecer el sistema de oscilación para esta asignación, de conformidad con el artículo 3.13 del Ley 923 de 2004 reglamentada por el artículo 42 del Decreto 4433 del 31 de diciembre de 2004 que dispone:

(...).

Precisado lo anterior, tenemos que el fenómeno de la prescripción, se cuenta cuatro años atrás desde la fecha en que se presentó la solicitud de dicho reajuste, de conformidad con el artículo 174 del Decreto 1211 de 1990 mediante el cual se estableció un término de prescripción de cuatro años.

En el caso concreto, tenemos que la actora presentó su petición el día 14 de julio de 2010 (folio 10), contando cuatro años hacía atrás, prescribían las mesadas adeudadas con anterioridad al 14 de julio de 2006, en ese orden, la actora no tiene derecho al pago del reajuste, como quiera que le prescribieron los ajustes correspondientes, teniendo en cuenta, que la fecha límite conforme lo expuesto por el Honorable Consejo de Estado, es el 31 de diciembre de 2004.

(...)

Sin embargo, aunque en el caso concreto opera la prescripción de las mesadas con base al incremento del IPC, este debe ser considerado en mesadas futuras con el objeto de favorecer y no desmejorar las condiciones de vida de los retirados del servicio activo de las fuerzas públicas.

Al respecto, el Honorable Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, C.P. Dr. VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA, en sentencia del 27 de julio de 2011, radicado N°: 11001-03-15-2011-00725-00:

“(...) el fenómeno de la prescripción opera sobre las mesadas y no sobre el reajuste como tal y, en ese sentido, si bien no se puede cancelar la diferencia de las mesadas pensionales, dichos conceptos si deben ser utilizados como base para la liquidación de las mesadas posteriores, en la medida en que

podrían afectar la asignación de retiro a partir del 2005 liquidada con base en el principio de oscilación, tal y como lo manifestó esta Corporación (...).

- Finalmente indica que *“por las razones expuestas, esta Corporación confirmará parcialmente el fallo de primera instancia al declarar la nulidad del acto administrativo demandado y ordenar la reliquidación de la asignación de retiro teniendo en cuenta el salario base para efectos de la cancelación de las mesadas futura, sin embargo, se adicionará en el sentido de señalar que esta reliquidación se hará sin efectuar ningún pago por este concepto”*.

Descrito el contenido de las providencias que la accionante pretenden se dejen sin efectos, se advierte que aunque las mismas en algunos apartes adolecen de claridad, lo cierto es que mediante la mismas se reconoció en favor de la demandante el reajuste y reliquidación de la asignación de retiro que percibe, teniendo en cuenta las diferencias que resulten entre el incremento que anualmente se le realizó en aplicación del principio de oscilación, y el que debió realizarse con fundamento en el IPC, en tanto dicho reajuste puede tener incidencia en las mesadas futuras.

Por la anterior circunstancia, no comparte la Sala que la demandante en el presente trámite afirme y argumente que las autoridades judiciales demandadas declararon la prescripción de su derecho al reajuste, cuando precisamente dicho reajuste le fue reconocido por las providencias que controvierte, a fin de que tenga incidencia en el futuro.

En tal sentido se observa que la peticionaria cita una serie de sentencias emitidas por esta Sección, en las que se ha indicado respecto al reajuste de pensiones o asignaciones de retiro con fundamento en el IPC, que el hecho de que haya operado el fenómeno de la prescripción sobre algunas de las mesadas reclamadas, no impide que finalmente se realice el reajuste para que tenga incidencia en las mesadas futuras, como si las providencias que resolvieron su caso hubieran desconocido dicho criterio jurisprudencial, cuando por el contrario se advierte que siguiendo el mismo accedieron parcialmente a las pretensiones de la demandada, declarando la nulidad del acto demandado y ordenando en su favor la reliquidación de la asignación de retiro.

Ahora bien, el segundo motivo de inconformidad de la accionante consistente, en que no se haya ordenado en su favor el pago de las diferencias existentes entre el reajuste efectuado con base en el principio de oscilación y lo que se debe reconocer con fundamento en el IPC, respecto de las mesadas **posteriores** al 14 de julio de 2006, que en su criterio no fueron afectadas por el fenómeno de la prescripción, pues hacen parte de las reclamadas cuatro años antes de haber solicitado el reajuste de su asignación de retiro el 14 de julio de 2010.

En tal sentido, el actor en algunos apartes del escrito de tutela argumenta que si bien se reconoció en su favor el derecho al reajuste de la asignación de retiro (aunque en otros indica todo lo contrario), se le negó el pago de las diferencias a que tiene derecho con posterioridad al 14 de julio de 2006, que en virtud de la prescripción cuatrienal, es la fecha límite para reclamar lo que se le adeuda, pues tiene claro que lo causado con anterioridad a dicha fecha prescribió.

Sobre dicha situación se advierte que las autoridades judiciales accionadas en los fallos controvertidos, de manera poco clara al decir verdad, reconocieron que la prescripción de las mesadas (más precisamente de las diferencias producto del reajuste reclamado) tiene lugar frente a todo lo causado **antes** del 14 de julio de 2006, con lo cual en principio estarían reconociendo en favor de la peticionaria lo causado con posterioridad, pero a renglón seguido indican que no hay lugar al pago de dichas mesadas o diferencias (las causadas después del 14 de julio de 2006), teniendo en cuenta que para dicha fecha (14 de julio de 2006) y desde el 31 de diciembre de 2004 (por disposición de la Ley 923 de 2004 y el Decreto 4433 de 2004), legalmente las pensiones y asignaciones de retiro para la Fuerza Pública, debían reajustarse con fundamento en el principio de oscilación y no el IPC.

En tal sentido, se destacan de los fallos controvertidos los siguientes apartes:

- De la sentencia del 6 de octubre de 2011 del Juzgado Cuarto Administrativo de Descongestión de Ibagué (Fl. 25):

“En lo relacionado con la prescripción de las mesadas, precisa el despacho que en el presente caso, se deben declarar prescritos los derechos causados antes del **14 de julio de 2006**, toda vez que en estos casos, se debe aplicar la prescripción **cuatrienal**, según lo establecido en el artículo **174 del Decreto 1211 de 1990**, y resultó demostrado que la parte demandante presentó petición de pago, el **14 de julio de 2010**. (Folios 10-12).

Sin embargo precisa el despacho que como **la fecha de prescripción es posterior al límite establecido por el legislador**, dichas mesadas no pueden ser pagadas por parte de la entidad, debiendo advertirse, que sin bien los incrementos de las referidas mesadas prescriben más allá de los cuatros años, **no acontece lo mismo con el derecho que es imprescriptible**".

- De la sentencia del 16 de abril de 2012 del Tribunal Administrativo del Tolima (Fl. 37):

"Es preciso anotar, respecto del límite del derecho alegado, de conformidad con lo expresado en providencia del Honorable Consejo de Estado – Sección Segunda – Magistrado Ponente Gerardo Arenas Monsalve del día 12 de febrero del año en curso, que el mismo se reajustará o incrementará hasta el 31 de diciembre de 2004, por cuanto, hasta ese año el legislador volvió a establecer el sistema de oscilación para esta asignación, de conformidad con el artículo 3.13 del Ley 923 de 2004 reglamentada por el artículo 42 del Decreto 4433 del 31 de diciembre de 2004 que dispone

(...).

Precisado lo anterior, tenemos que el fenómeno de la prescripción, se cuenta cuatro años atrás desde la fecha en que se presentó la solicitud de dicho reajuste, de conformidad con el artículo 174 del Decreto 1211 de 1990 mediante el cual se estableció un término de prescripción de cuatro años.

En el caso concreto, tenemos que la actora presentó su petición el día 14 de julio de 2010 (folio 10), contando cuatro años hacía atrás, prescribían las mesadas adeudadas con anterioridad al 14 de julio de 2006, en ese orden, la actora no tiene derecho al pago del reajuste, como quiera que le prescribieron los ajustes correspondientes, teniendo en cuenta, que la fecha límite conforme lo expuesto por el Honorable Consejo de Estado, es el 31 de diciembre de 2004".

Frente a la interpretación realizada por las autoridades judiciales accionadas, se advierte a propósito de las diferencias reconocidas a la accionante como el resultado del reajuste reconocido, que se citan normas que regulan asuntos distintos, de un lado el artículo 174 del Decreto 1211 de 1990 que establece la prescripción cuatrienal, y de otro, los artículos 3.13 de la Ley 923 de 2004 y 42 del Decreto 4433 de 2004, que respecto al reajuste de las pensiones y asignaciones del personal de la Fuerza Pública, vuelven a establecer el sistema de oscilación.

Al parecer el razonamiento de las autoridades demandadas para relacionar las mencionadas normas consiste, en que como a partir del 31 de diciembre de 2004 sólo pueden reajustarse las pensiones y asignaciones de retiro para el personal de

la Fuerza Pública en aplicación del principio de oscilación (por lo dispuesto en la Ley 923 de 2004 y el Decreto 4433 del mismo año), al actor no pueden reconocérsele las diferencias a su favor a partir del 14 de julio de 2006, entre las sumas de dinero que le fueron efectivamente reconocidas en sus mesadas actualizadas únicamente con fundamento al principio de oscilación y las que debieron reconocerse por la actualización de ésta con fundamento en el IPC, en tanto para la fecha antes señalada, que constituye en el caso concreto el límite de la prescripción cuatrienal prevista en el artículo 174 del Decreto 1211 de 1990, ya no podían efectuarse ajustes con el IPC.

Al realizar la referida interpretación, particularmente el hecho de que se citen los artículos 3.13 de la Ley 923 de 2004 y 42 del Decreto 4433 del mismo año, al momento de establecer de qué manera ha operado el fenómeno de la prescripción de las acreencias reclamadas, estima la Sala que las autoridades accionadas incurrieron en un defecto sustantivo, pues las normas antes señaladas no tienen incidencia alguna respecto a la prescripción de las acreencias reclamadas, pues simplemente están consagrado que en adelante para las pensiones y asignaciones del personal de la Fuerza Pública, se vuelve a aplicar el sistema de oscilación.

En efecto, si las sentencias controvertidas reconocen que la accionante tiene derecho al reajuste de la base de su asignación y que dicha circunstancias puede tener incidencia en las mesadas futuras, en atención a la naturaleza periódica de dicha prestación, están reconociendo que el monto de éstas pudo incrementarse, en especial durante los periodos en que debieron actualizarse con fundamento al IPC, y por lo tanto, que al momento de actualizar la referida prestación con base al principio de oscilación (desde el 31 de diciembre de 2004), el monto de la mesada podría ser mayor al que en efecto se reconoció, motivo por el cual en adelante, su beneficiario terminó recibiendo una suma menor de dinero a la que le correspondía, que también se reclamó por vía judicial al solicitar el reajuste de la asignación de retiro²⁰.

En ese orden de ideas, el hecho de que al 31 de diciembre de 2004 haya vuelto implementarse el sistema de oscilación para actualizar las pensiones y asignaciones de retiro para los miembros de la Fuerza Pública, no impide que frente a la accionante como consecuencia de habersele reconocido el derecho al

²⁰ Sobre el particular ver: Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 15 de noviembre de 2012, expediente: 2500023250002010005111 01, C.P. Gerardo Arenas Monsalve.

reajuste de la base de la asignación, reclame la diferencia de las sumas que debió haber recibido, aunque sólo puede reclamar éstas dentro de los 4 años anteriores a la solicitud que elevó, y a pesar que dicho plazo tenga lugar después del límite de actualización de dichas prestaciones con fundamento en el IPC.

Lo anterior se reitera, porque un asunto es que se haya previsto dicho límite para la actualización con fundamento en el IPC, y otro muy distinto, que en virtud de la prescripción cuatrienal sólo haya lugar a reconocer las diferencias de las acreencias causadas 4 años antes de la presentación la solicitud, y que deben ser reconocidas como consecuencia del reconocimiento del derecho al reajuste de la base de la mencionada prestación.

Por supuesto, lo hasta aquí expuesto no quiere decir que el hecho de que el reajuste de la asignación de retiro con fundamento en la variación porcentual del IPC incida directamente en la base de dicha prestación, significa que ésta siempre y en adelante deba ser actualizada de dicha forma, en tanto se desconocería que a partir del 31 de diciembre de 2004 la actualización debe efectuarse con fundamento en el principio de oscilación, por disposición de los artículos 3.13 de la Ley 923 de 2004 y 42 del Decreto 4433 del mismo año.

Tampoco que se está indicando que la asignación de retiro se está actualizando respecto a un mismo periodo dos veces, con fundamento en el IPC y con el principio de oscilación, pues se está distinguiendo que la base de la prestación antes del 2005 debió reajustarse con el IPC (durante los años en que la actualización con tal metodología resultaba más favorable y legalmente posible²¹), pero que en adelante, es decir desde el 2005, dicha prestación **debidamente reajustada en su base**, se debía continuar actualizando pero con fundamento en el principio de oscilación, de conformidad con los artículos 3.13 de la Ley 923 de 2004 y 42 del Decreto 4433 del mismo año, de manera tal que se está diferenciando durante qué tiempo es procedente la actualización con IPC y durante qué periodo con el referido principio, sin que en ningún momento se presente que las asignación de retiro se esté actualizando con las dos metodologías simultáneamente.

Asimismo se destaca que un asunto es el reajuste de la base de la asignación con fundamento en el IPC, y otro que con el Decreto 4433 de 2004, los incrementos a las mesadas deban realizarse en virtud del principio de oscilación, distinción que permite predicar que se si se ordena la reliquidación de la base de la prestación, la

²¹ Por disposición de la Ley 238 de 1995.

misma debe aplicarse al momento en que dicha prestación deba a actualizarse con fundamento en el principio de oscilación²².

Dicho de otro modo, si se reconoció que la peticionaria tiene derecho al reajuste de la base de su asignación de retiro, porque antes del año de 2005 está debió actualizarse con fundamento en el IPC, se está indicando que al año 2005, cuando la actualización de las mesadas debe efectuarse con el principio de la oscilación, la base a tener en cuenta para ese momento debía incluir los reajustes anteriores por concepto de IPC, motivo por el cual como en el caso de la peticionaria tal actualización al parecer no se realizó, al reconocerse judicialmente la misma surge para ésta el derecho a percibir la diferencia entre lo que efectivamente recibió y lo que debía recibir, por lo menos dentro del término de prescripción.

En efecto, si se reconoce judicialmente que antes del 2005 la asignación a favor de la demandante **no** estaba actualizada con fundamento en el IPC y que éste resultaba más favorable, se está indicando que la misma recibió una mesada con un valor inferior al que le correspondía, y por ende que dicho valor que no estaba debidamente actualizado después del año 2005 se continuó ajustando con fundamento en el principio de oscilación, de manera tal que aún después del 2005 la peticionaria recibió una mesada con valor menor al que tenía derecho, se reitera, porque la base de su prestación antes del año antes señalado no estaba debidamente reajustada. Por lo tanto, en criterio de la Sala sí surge el derecho para la accionante de recibir la diferencia entre lo que recibió y debió recibir, pero limitado al término de prescripción cuatrienal, en su caso teniendo en cuenta que el reajuste sólo fue reclamado hasta el 14 de julio de 2010, por lo que no tiene derecho a las diferencias causadas antes del 14 de julio de 2006, pero sí a las causadas con posterioridad, sin que sea impedimento para ello que al 2005 ya operada principio de oscilación, pues dicha circunstancia no le resta validez al hecho de que la beneficiaria ha recibido una mesada en un valor menor al que le corresponde porque su base no se actualizó en debida forma durante el tiempo en que debió actualizarse con fundamento en el IPC (durante los años 1997 a 2004), y que dicha circunstancia no se ha subsanado porque dicha prestación desde el 2005 se haya actualizado con el principio de oscilación, pues la irregularidad que se busca corregir judicialmente tiene origen con anterioridad.

En consecuencia, las autoridades accionadas incurrieron en un defecto sustantivo al reconocer que la accionante tiene derecho al reajuste de la base de su

²² Ver nota al pie N° 20.

asignación de retiro, pero de manera contradictoria negaron las diferencias de las mesadas que la aquélla debió recibir durante el periodo en que no operó el fenómeno de la prescripción (del 14 de julio de 2006 en adelante), al interpretar incorrectamente que por disposición de los artículos 3.13 de la Ley 923 de 2004 y 42 del Decreto 4433 del mismo año, no había lugar a reconocer dichas diferencias, como si las mencionadas normas tuvieran incidencia en el término de prescripción, o permitieran predicar que desde el momento en que se actualiza la asignación de retiro con fundamento en el principio de oscilación, se subsana el hecho de que la demandante ha venido percibiendo su mesada en un menor valor porque su base antes del 2005, no está debidamente actualizada.

Estima la Sala que al incurrir en un defecto sustantivo las autoridades judiciales accionadas, las mismas vulneraron el derecho al debido proceso, por lo que en amparo del mismo se revocará la sentencia de tutela de primera instancia que negó el amparo solicitado, y se dejará sin efectos la sentencia del 16 de abril de 2012 del Tribunal Administrativo del Tolima, proferida dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho N° 0538, para que el mencionado Tribunal emita en el término de 30 días siguientes a la notificación de esta decisión, un nuevo fallo en el que tenga en cuenta las consideraciones expuestas en esta oportunidad, sin perjuicio de la valoración que como juez natural del asunto debe realizar de las pruebas y argumentos presentados por las partes.

Se precisa que aunque en el mencionado defecto incurrieron las 2 autoridades judiciales accionadas, sólo se dejará sin efectos la sentencia del Tribunal Administrativo del Tolima, a fin de procurar que la accionante en el menor tiempo posible obtenga una decisión definitiva respecto a su situación prestacional.

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,

FALLA

PRIMERO: REVÓCASE la sentencia del 9 de agosto de 2012, por medio de la cual el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, negó por improcedente la acción de tutela instaurada. En su lugar,

TUTÉLASE el derecho al debido proceso de la accionante, por las razones expuestas en esta providencia.

SEGUNDO: En consecuencia, **DÉJASE** sin efectos la sentencia del 16 de abril de 2012 del Tribunal Administrativo del Tolima, proferida dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho N° 0538 promovido por la peticionaria contra la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, y **ORDÉNASE** al mencionado Tribunal, que en el término de 30 días siguientes a la notificación de esta decisión, dentro del proceso antes señalado emita un nuevo fallo en el que tenga en cuenta las consideraciones expuestas en esta oportunidad, sin perjuicio de la valoración que como juez natural del asunto debe realizar de las pruebas y argumentos presentados por las partes.

Envíese copia de esta providencia a la Sección Primera de esta Corporación.

CÓPIESE Y NOTIFÍQUESE. Remítase a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Discutida y aprobada en sesión de la fecha.

GERARDO ARENAS MONSALVE

BERTHA LUCÍA RAMÍREZ DE PÁEZ