

**ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL - Desconocimiento de precedente jurisprudencial / PRECEDENTE JUDICIAL VINCULANTE - Ratio decidendi**

Cabe concluir entonces, que sólo los cambios de Jurisprudencia no justificados o no advertidos de manera franca, serán pasibles de control de manera excepcional por parte del Juez de Tutela, en tanto que constituyen manifestaciones de arbitrariedad por parte del Juez, que dejan irrealizadas la igualdad de quienes se encuentran en idénticas circunstancias frente a la Ley.

**NOTA DE RELATORIA:** Sobre el desconocimiento del precedente como causal de procedibilidad de la acción de tutela, Corte Constitucional, sentencia C-590 de 2005.

**DEBIDO PROCESO Y DESCONOCIMIENTO DE PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL - Prescripción cuatrienal en materia de reajuste de asignación de retiro**

Con base en las anteriores previsiones, la Sala considera que de conformidad con el precedente de esta Corporación la situación del accionante debió analizarse atendiendo a lo señalado en el artículo 174 del Decreto Ley 1211 de 1990, tal y como lo manifestó el Juzgado Veintiséis Administrativo de Bogotá - Sección Segunda. El accionante reclama el reajuste de su asignación de retiro por el periodo comprendido entre los años 1999 a 2006, época en la que la norma vigente en materia de términos de prescripción era el artículo 174 del Decreto 1211 de 1990, el cual, se reitera, estableció un período de 4 años contados a partir de la fecha en que se hizo exigible el derecho. Si bien a partir del 31 de diciembre de 2004, el artículo 43 del Decreto 4433 de 2004 modificó el término prescriptivo disminuyéndolo a 3 años, debe indicarse, que, en principio, las normas no tienen efectos retroactivos, es decir, que su eficacia en el tiempo opera hacia el futuro, salvo que en ellas mismas se disponga su aplicabilidad sobre hechos acaecidos con anterioridad a su puesta en vigencia, por lo cual en el presente asunto resulta procedente dar aplicación a la prescripción cuatrienal, tal y como se afirmó en la Sentencia de 4 de febrero de 2010, M.P. Gerardo Arenas Monsalve, radicación N° 1238-2009. Esta Corporación, en otras oportunidades, ha señalado que el término prescriptivo para los miembros de la Fuerza Pública es cuatrienal.

**NOTA DE RELATORIA:** Sobre la improcedencia de aplicar la prescripción trienal, Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia de 4 de septiembre de 2008, Rad. 0628-08, MP. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren. Sobre el término de prescripción cuatrienal, Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia de 4 de septiembre de 2008, Rad. 0628-08, MP. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren; Sección Segunda, sentencia de 25 de noviembre de 2010, Rad. 2062-2009, MP. Víctor Hernando Alvarado Ardila.

**FUENTE FORMAL:** DECRETO 1211 DE 1990 - ARTICULO 163 / LEY 100 DE 1993 - ARTICULO 14 / LEY 100 DE 1993 - ARTICULO 279 / DECRETO 4433 DE 2004 - ARTICULO 42

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCION SEGUNDA**

## **SUBSECCION B**

**Consejero ponente: VICTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA**

Bogotá, D.C. dos (2) de febrero de dos mil doce (2012).

**Radicación número: 11001-03-15-000-2011-01498-00(AC)**

**Actor: EFRAIN CASTAÑEDA HERNANDEZ**

**Demandado: TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA**

Decide la Sala la acción de tutela instaurada por Efraín Castañeda Hernández contra el Tribunal Administrativo de Cundinamarca - Sección Segunda - Subsección A por haber proferido, dentro de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho incoada por él contra la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, la Sentencia de 6 de octubre de 2011, mediante la cual, en segunda instancia, declaró probada la excepción de prescripción trienal y no cuatrienal como lo había establecido el a quo.

### **EL ESCRITO DE TUTELA**

**EFRAIN CASTAÑEDA HERNANDEZ**, por intermedio de apoderado judicial, interpuso acción de tutela contra la mencionada Corporación Judicial por la supuesta vulneración de sus derechos fundamentales al debido proceso, a la igualdad y al acceso a la administración de justicia.

En ejercicio de la acción de amparo constitucional, solicitó:

1. Tutelar los derechos fundamentales invocados.
2. Dejar sin efectos la Sentencia de 6 de octubre de 2011 proferida, por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca - Sección Segunda - Subsección A, dentro de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho incoada por Efraín Castañeda Hernández contra la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, mediante la cual se modificó el numeral 4º de la providencia de 27 de agosto de 2010 del Juzgado Veintiséis Administrativo de Bogotá - Sección Segunda que accedió a las súplicas

de la demanda, en el sentido de indicar que se encontraban prescritas las diferencias causadas con anterioridad al 17 de mayo de 2004 por haber operado el fenómeno de la prescripción trienal.

3. Ordenar al Tribunal Administrativo de Cundinamarca - Sección Segunda - Subsección A que, dentro de las 48 horas siguientes a la notificación del fallo de tutela, emita un nuevo pronunciamiento dentro de la referida acción de nulidad y restablecimiento del derecho atendiendo a lo dispuesto por el Consejo de Estado en relación con la prescripción cuatrienal de las mesadas pensionales.

Como fundamento de sus pretensiones expuso:

En ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho cuestionó la legalidad del Oficio N° 19633 de 5 de junio de 2007, a través del cual la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares negó el reajuste de su asignación de retiro con base en el Índice de Precios al Consumidor certificado por el DANE por el periodo comprendido entre los años 1998 y 2006.

El conocimiento de la referida acción correspondió en primera instancia, al Juzgado Veintiséis Administrativo de Bogotá, el cual, mediante Sentencia de 27 de agosto de 2010: i) accedió a las súplicas de la demanda ordenando a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares que reajustara su asignación de retiro teniendo en cuenta para tal efecto las variaciones del Índice de Precios al Consumidor del año inmediatamente anterior para los años 1999, 2001, 2002, 2003 y 2004; y, ii) declaró prescritas las diferencias causadas con anterioridad al 17 de mayo de 2003 por haber operado el fenómeno de la prescripción cuatrienal. Lo anterior, teniendo en cuenta lo preceptuado en el artículo 1° de la Ley 238 de 1995, así como en los artículos 14 y 279 de la Ley 100 de 1993.

Apelada la anterior decisión por parte de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca - Sección Segunda - Subsección A, mediante Sentencia de 6 de octubre de 2011: i) confirmó parcialmente lo resuelto por el *a quo*; y, ii) modificó el numeral 4° de la providencia recurrida, en el sentido de indicar que se encontraban prescritas las diferencias causadas con anterioridad al 17 de mayo de 2004 por haber operado el fenómeno de la prescripción trienal.

La anterior, por cuanto para la fecha en que se hizo la reclamación ante la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, a saber, el 17 de mayo de 2007, ya había entrado en vigencia el Decreto 4433 de 2004.

Con la anterior decisión consideró vulnerados sus derechos fundamentales pues el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección A: desconoció el precedente judicial del Consejo de Estado de conformidad con el cual, en casos similares al aquí expuesto, opera la prescripción cuatrienal de las mesadas pensionales con base en lo señalado en el artículo 174 del Decreto 1211 de 1990.

#### **LA PROVIDENCIA ACUSADA**

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección A, mediante Sentencia de 6 de octubre de 2011: i) confirmó parcialmente la providencia de 27 de agosto de 2010 proferida por el Juzgado Veintiséis Administrativo de Bogotá - Sección Segunda dentro de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho incoada por Efraín Castañeda Hernández contra la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, en cuanto accedió a las súplicas de la demanda; y, ii) modificó el numeral 4º de la referida providencia en el sentido de indicar que se encontraban prescritas las diferencias causadas con anterioridad al 17 de mayo de 2004 por haber operado el fenómeno de la prescripción trienal.

Basó su decisión en los siguientes argumentos (fl. 12 a 21):

*El artículo 279 de la Ley 100 de 1993, “por la cual se creó el Sistema de Seguridad Social Integral y se dictaron otras disposiciones”, excluyó expresamente de su aplicación a los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, razón por la cual, inicialmente, dichos servidores no eran beneficiarios del reajuste pensional teniendo en cuenta la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor certificado por el DANE para el año inmediatamente anterior.*

*El reajuste de las pensiones y las asignaciones de retiro percibidas por los miembros de la Fuerza Pública se regían por el principio de oscilación de las*

asignaciones de retiro, consagrado en el artículo 169 del Decreto N° 1211 de 1990.

No obstante lo anterior, la Ley 238 de 1995 adicionó el artículo 279 de la Ley 100 de 1993 estableciendo que los servidores de los regímenes exceptuados tienen derecho a que se les aplique lo consagrado en los artículos 14 y 142 de la mencionada Ley 100 de 1993, los cuales consagran los reajustes anuales de las pensiones de conformidad con la variación porcentual del IPC, siempre y cuando dicho reajuste resultara más favorable.

De conformidad con la jurisprudencia contenciosa, el incremento anual de las asignaciones de retiro de acuerdo con el IPC opera durante el tiempo posterior a la expedición de la Ley 238 de 1995 y hasta la expedición del Decreto 4433 de 2004, el cual corrige el desequilibrio en el reajuste anual de las asignaciones de retiro según el principio de oscilación teniendo en cuenta las asignaciones de los oficiales y suboficiales en actividad y, en adelante, prohíbe acogerse a normas que regulen ajustes para la administración pública, a menos que así lo regule expresamente la ley.

En este orden de ideas, tal y como lo manifestó el Juzgado Veintiséis Administrativo de Bogotá - Sección Segunda, es posible concluir que al demandante le asiste el derecho de que su asignación de retiro sea reajustada de conformidad con el IPC durante los años subsiguientes a la expedición de la Ley 238 de 1995 y hasta cuando operó el reajuste del artículo 42 del Decreto 4433 de 2004, teniendo en cuenta, entre otras cosas, que no haya operado el fenómeno de la prescripción.

En relación con la prescripción señaló el Tribunal que, el Juzgado Veintiséis Administrativo de Bogotá - Sección Segunda incurrió en un error al aplicar la prescripción cuatrienal establecida en el Decreto 1211 de 1990, por cuanto la norma aplicable al caso es el Decreto 4433 de 2004, atendiendo que el actor presentó escrito por medio del cual solicitó el reajuste de su asignación de retiro el día 17 de mayo de 2007, época para la que se encontraba vigente la normatividad anteriormente señalada y no el Decreto N° 1211 de 1990; por tal motivo, continuó,

deberán declararse prescritas las mesadas pensionales causadas con anterioridad al 17 de mayo de 2004 de conformidad con el artículo 43 del Decreto 4433 de 2004, por medio del cual se fijó el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública.

#### **ACTUACION PROCESAL DE INSTANCIA**

El Despacho de la Consejera Doctora Bertha Lucía Ramírez de Páez admitió la demanda de tutela y ordenó notificarla a los Magistrados del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección A. Por haber sido negada en Sala la ponencia inicial, el expediente fue remitido a este Despacho, el cual, mediante Auto de 16 de diciembre de 2011, ordenó vincular al proceso a la Nación, Ministerio de Defensa, Caja de Retiro de las Fuerzas Militares.

#### **INFORMES RENDIDOS EN EL PROCESO**

Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección A.

Guardó silencio.

Caja de Retiro de las Fuerzas Militares.

En Oficio visible a folios 68 a 70 la abogada María Alejandra Guerrero Aragón, en su calidad de apoderada de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, presentó informe sobre el asunto en litigio oponiéndose a la prosperidad de la acción, argumentando:

Luego de hacer un breve recuento de los hechos, indicó que el demandante no puede considerar vulnerados sus derechos fundamentales por haber obtenido un fallo contrario a sus pretensiones y no puede utilizar la acción de tutela como un recurso procesal para reabrir un asunto que fue resuelto por sentencia judicial, máxime si dentro del proceso contó con todos los mecanismos judiciales de defensa.

Así mismo señaló que la presente acción no está llamada a prosperar, pues el accionante ya agotó los mecanismos judiciales previstos en el ordenamiento jurídico para la protección de los derechos que hoy reclama en sede constitucional.

## **CONSIDERACIONES**

### **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 Ley 2591 de 1991.

Más adelante, mediante sentencias de tutela, la misma Corte permitió de forma excepcional y frente a la amenaza de derechos fundamentales, analizar nuevamente la decisión judicial en sede de tutela, con la finalidad de establecer si el fallo judicial que se adoptó, en realidad envuelve una vía de hecho, entendida ésta como una manifestación burda, flagrante y desprovista de todo vestigio de legalidad.

Esta Sala, en líneas generales, comparte la jurisprudencia constitucional según la cual en el Estado Social de Derecho, la prevalencia de los derechos fundamentales compromete la actuación de las autoridades públicas, incluidas las de los Jueces de la República, por ello si bien esta acción resulta procedente contra providencias judiciales, ella es absolutamente excepcional en tanto 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 última instancia de todos los procesos y acciones.

La evolución de la jurisprudencia sobre la materia ha llevado a desarrollar un test para determinar a) la procedencia de la acción de tutela contra decisiones judiciales y b) los defectos de fondo de la providencia judicial acusada, esto con la

finalidad de destacar los eventos excepcionales de su aplicación, los cuales deben satisfacerse plenamente en la tarea de identificar cuándo una Sentencia judicial puede someterse al examen de orden estrictamente constitucional.

Bajo el rótulo de las causales de procedibilidad se rediseñó el ámbito de comprensión de la acción de tutela contra sentencias judiciales, siendo estas las siguientes: a) Que la cuestión que se discuta resulte de evidente relevancia constitucional, b) Que se hayan agotado todos los medios -ordinarios y extraordinarios- de defensa judicial al alcance de la persona afectada, c) Que se dé cumplimiento al requisito de la inmediatez, d) Que cuando se trate de una irregularidad procesal, esta tenga un efecto decisivo o determinante en la providencia que se impugna y afecte los derechos fundamentales de la parte actora, e) Que se identifiquen de manera razonable tanto los hechos que generaron la vulneración, como los derechos vulnerados y que se haya alegado tal vulneración en el proceso judicial, siempre que hubiere sido posible, f) Que no se trate de sentencias proferidas en procesos de acción de tutela, acción de cumplimiento o acción popular.

Adicionalmente si la tutela contra la providencia judicial puesta en conocimiento del Juez Constitucional, supera las causales anteriores, éste, para poder revocarla, deberá establecer la presencia de alguno de los siguientes defectos o vicios de fondo<sup>1</sup>: a) Defecto orgánico, b) Defecto procedimental absoluto, c) Defecto fáctico, d) Defecto material o sustantivo, e) Error inducido, f) Decisión sin motivación, g) Desconocimiento del precedente, h) Violación directa de la Constitución.

---

<sup>1</sup> 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*: Cuando 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*: Se presenta cuando el Juez 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*: 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.



Teniendo en cuenta, entonces, la excepcionalidad de la acción de tutela contra providencia judicial, en donde se debe acompañar, por un lado, la seguridad jurídica y la autonomía e independencia de los jueces y, por el otro, la supremacía de la constitución y la justicia material, la jurisprudencia ha desarrollado una serie de requisitos que se deben superar previamente a la decisión de entrar a analizar de fondo los cargos incoados contra un pronunciamiento de una autoridad judicial, como se indicó anteriormente.

En el presente asunto, del material probatorio allegado al expediente se evidencia que: **(i)** la cuestión que se discute tiene relevancia constitucional, pues recae sobre la presunta violación de los derechos fundamentales al debido proceso, a la igualdad y al acceso a la administración de justicia, acusación ésta que de prosperar incidiría en el reconocimiento de ciertos derechos de carácter prestacional; **(ii)** se agotaron los medios ordinarios de defensa judicial existentes para obtener un pronunciamiento favorable a los intereses del actor en sede judicial, interponiendo la acción de nulidad y restablecimiento del derecho dentro del término legal; **(iii)** la tutela se interpuso dentro de un término razonable, pues transcurrió menos de un mes entre la fecha en que fue proferida la Sentencia acusada y la interposición de la presente acción, en efecto, la providencia fue expedida el 6 de octubre de 2011 y la tutela interpuesta el 31 de octubre de 2011; **(iv)** dentro del escrito de tutela el accionante expresó de manera clara los hechos y argumentos que lo llevan a atacar por esta vía la providencia judicial; y, **(v)** la Sentencia cuestionada se profirió dentro de un proceso de nulidad y restablecimiento del derecho.

Teniendo en cuenta que las acusaciones formuladas por el accionante recaen sobre la aplicación e interpretación de normas referidas a la prescripción frente al reajuste de la asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública, aspecto este que ha sido puesto en consideración de esta Corporación en reiteradas oportunidades, considera la Sala necesario señalar que el análisis del asunto puesto en consideración se efectuará de manera exclusiva sobre el desconocimiento del precedente judicial, tomando como referente la jurisprudencia del máximo órgano de la jurisdicción contencioso administrativa, en tanto, ésta ha

establecido el marco de aplicación de las normas que invoca el actor como violadas.

Por lo anterior, entonces, la Sala encuentra superados los requisitos de procedibilidad de la acción de tutela y, en consecuencia, procederá a efectuar el estudio de fondo del asunto, así: **i)** indicando las generalidades del desconocimiento del precedente judicial y **ii)** haciendo un análisis del caso concreto **iii)** para, finalmente, determinar si el Tribunal Administrativo de Cundinamarca vulneró los derechos fundamentales del accionante.

#### **i) Desconocimiento del precedente judicial.**

La Corte Constitucional, mediante la Sentencia C-836 de 2001, señaló que, de acuerdo con lo establecido por el artículo 230 Superior, los Jueces sólo están sometidos al imperio de la Ley y por tanto no están obligados a fallar en la misma forma como lo han hecho en casos anteriores, siempre y cuando, *“expongan clara y razonadamente los fundamentos jurídicos que justifican su decisión”*. Por tal razón, el mismo Tribunal Constitucional consideró, en la Sentencia C-590 de 2005, que el desconocimiento injustificado del precedente judicial por parte del Juez constituye una causal especial de procedibilidad de la Acción de Tutela.

Respecto del precedente vertical<sup>2</sup>, la Jurisprudencia Constitucional ha sido enfática en sostener que la autonomía del Juez se encuentra limitada por el respeto hacia las decisiones proferidas por los Jueces de superior jerarquía y, en especial, por los órganos de cierre en cada una de las Jurisdicciones. A esta conclusión ha llegado en consideración a las siguientes razones: 1) El principio de igualdad, que es vinculante para todas las autoridades, e incluso, para algunos particulares que exige, que supuestos fácticos iguales se resuelvan de la misma manera y por consiguiente, con la misma consecuencia jurídica; 2) El principio de cosa juzgada, que otorga a los destinatarios de las decisiones jurídicas, seguridad jurídica y previsibilidad de la interpretación, pues si bien es cierto, el derecho no es una ciencia exacta, sí debe existir certeza razonable sobre la decisión; 3) La autonomía judicial, que no puede desconocer la naturaleza reglada de la decisión

---

<sup>2</sup> Sentencia T-468 de 2003

judicial, pues sólo la interpretación armónica de esos dos conceptos garantiza la eficacia del Estado de Derecho; 4) Los principios de buena fe y confianza legítima, que imponen a la Administración un grado de seguridad y consistencia en las decisiones, pues existen expectativas legítimas con protección jurídica; 5) Por razones de racionalidad del sistema jurídico, porque es necesario un mínimo de coherencia a su interior<sup>3</sup>.

Ahora bien, el precedente judicial vinculante está constituido por aquellas consideraciones jurídicas que están cierta y directamente dirigidas a resolver el asunto fáctico sometido a consideración del juez. Así, el precedente está ligado a la *ratio decidendi* o razón central de la decisión anterior, la que al mismo tiempo, surge de los presupuestos fácticos relevantes de cada caso <sup>4</sup>. De esta forma, la Corte Constitucional recordó que la *ratio decidendi* “i) corresponde a la regla que aplica el juez en el caso concreto, ii) se determina a través del problema jurídico que analiza en relación con los hechos del caso concreto y iii) al ser una regla debe ser seguida en todos los casos que se subsuman en la hipótesis prevista en ella”.

No obstante la importancia de la regla de vinculación a la *ratio decidendi* y el respeto por el precedente, la Jurisprudencia Constitucional ha señalado que no puede ser entendida de manera absoluta, pues no se trata de petrificar la interpretación judicial ni de convertir el criterio de autoridad en el único posible para resolver un asunto concreto; simplemente, se trata de armonizar y salvaguardar los principios constitucionales que subyacen a la defensa del precedente. Así las cosas, si el juez en su sentencia, justifica de manera suficiente y razonable el cambio de criterio respecto de la línea jurisprudencial que ha seguido en casos sustancialmente idénticos, quedan salvadas las exigencias de la igualdad y de la independencia judicial; por tanto no podrá reprocharse a la sentencia arbitrariedad ni inadvertencia y el Juez no habrá efectuado entre los justiciables ningún género de discriminación<sup>5</sup>.

Cabe concluir entonces, que sólo los cambios de Jurisprudencia no justificados o no advertidos de manera franca, serán pasibles de control de manera excepcional por parte del Juez de Tutela, en tanto que constituyen manifestaciones de

---

<sup>3</sup> Sentencia C-447 de 1997.

<sup>4</sup> Sentencia T-049-07.

<sup>5</sup> Sentencia T-123-95.

arbitrariedad por parte del Juez, que dejan irrealizadas la igualdad de quienes se encuentran en idénticas circunstancias frente a la Ley.

**ii) Análisis del caso en concreto.**

Del escrito de tutela y del informe rendido en el proceso, es posible establecer que el problema jurídico se contrae a determinar si el Tribunal Administrativo de Cundinamarca - Sección Segunda - Subsección A vulneró los derechos fundamentales de Efraín Castañeda Hernández al debido proceso, a la igualdad y al acceso a la administración de justicia al haber proferido, dentro de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho incoada por él contra la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, la Sentencia de 6 de octubre de 2011, mediante la cual, en segunda instancia, aplicó la excepción de prescripción trienal y no la cuatrienal, como lo había dispuesto el *a quo*.

De lo probado en el proceso se encuentra que:

La Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, previo cumplimiento de los requisitos legales, reconoció una asignación de retiro a favor del señor Efraín Castañeda Hernández.

En atención a lo preceptuado en el artículo 1° de la Ley 238 de 1995 así como en los artículos 14 y 279 de la Ley 100 de 1993, el 17 de mayo de 2007 el accionante solicitó a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares que su asignación de retiro fuera reajustada de conformidad con el Índice de Precios al Consumidor certificado por el DANE durante el periodo comprendido entre el año 1998 y el año 2006, pues le resultaba más favorable que el reajuste efectuado conforme al principio de oscilación consagrado en el Decreto 1211 de 1990 (fl. 68).

La Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, mediante Oficio CREMIL N° 32144 Consecutivo 19633 de 5 de junio de 2007, denegó su petición, por lo cual interpuso acción de nulidad y restablecimiento del derecho cuyo conocimiento correspondió al Juzgado Veintiséis Administrativo de Bogotá - Sección Segunda, el cual, mediante Sentencia de 27 de agosto de 2010, resolvió (fl. 22 a 45):

- i) Declarar no probadas las excepciones formuladas por la entidad accionante.*
- ii) Declarar la nulidad del Oficio CREMIL N° 32144 Consecutivo 19633 de 05 de junio de 2007.*
- iii) Condenar a la Caja de Sueldos de Retiro de las Fuerzas Militares a reajustar la asignación de retiro del accionante teniendo en cuenta para tal efecto las variaciones del Índice de Precios al Consumidor del año inmediatamente anterior a partir del 1º de enero de 1999 hasta el 31 de diciembre de 2004, siempre y cuando el incremento ordenado con fundamento en el principio de oscilación haya sido inferior.*
- iv) Condenar a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares a pagarle al actor los valores correspondientes a la diferencia que resulte entre la liquidación ordenada y las sumas canceladas por concepto del incremento o reajuste anual de la asignación de retiro desde el 17 de mayo de 2003, por prescripción cuatrienal.*

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección A, en segunda instancia, mediante providencia de 6 de octubre de 2011: i) confirmó parcialmente lo resuelto por el *a quo*, en cuanto accedió a las pretensiones de la demanda y dispuso el reajuste de la asignación de retiro del accionante con base en el IPC; y, ii) modificó el numeral 4º de la referida providencia en el sentido de indicar que se encontraban prescritas las diferencias causadas con anterioridad al 17 de mayo de 2004 por haber operado el fenómeno de la prescripción trienal.

Considera el accionante que el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección A vulneró sus derechos fundamentales puesto que al proferir la providencia acusada desconoció el precedente judicial del Consejo de Estado de conformidad con el cual, en casos similares al aquí expuesto, opera la prescripción cuatrienal de las mesadas pensionales con base en lo señalado en el artículo 174 del Decreto 1211 de 1990.

**iii) Vulneración de los derechos fundamentales de la accionante por parte del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección A.**

Para resolver el problema jurídico planteado la Sala expone los siguientes argumentos:

El artículo 163 del Decreto 1211 de 1990 regula la asignación de retiro en los siguientes términos:

*“ARTICULO 163. ASIGNACION DE RETIRO. Durante la vigencia del presente estatuto, los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares que sean retirados del servicio activo después de quince (15) años, por llamamiento a calificar servicios o por voluntad del Gobierno o de los de Comandos de Fuerza, según el caso, o por sobrepasar la edad máxima correspondiente al grado, o por disminución de la capacidad sicofísica, o por incapacidad profesional, o por inasistencia al servicio por más de cinco (5) días sin tener causa justificada, o por conducta deficiente, y los que se retiren a solicitud propia después de veinte (20) años de servicio, tendrán derecho a partir de la fecha en que terminen los tres (3) meses de alta, a que por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares se les pague una asignación mensual de retiro equivalente al cincuenta por ciento (50 por ciento) del monto de las partidas de que trata el artículo 158 de este Estatuto, por los quince (15) primeros años servicio y un cuatro por ciento (4 por ciento) más por cada año que exceda a los quince (15), sin que el total sobrepase del ochenta y cinco por ciento (85 por ciento) del mismo monto. (...)”*

El artículo 169 del Decreto 1211 de 1990 indica la forma como deben reajustarse la asignación de retiro y las pensiones relativas al régimen de las Fuerzas Militares. Esta disposición prescribe:

*“ARTICULO 169. OSCILACION DE ASIGNACION DE RETIRO Y PENSION. Las asignaciones de retiro y las pensiones de que trata el presente Decreto se liquidarán tomando en cuenta las variaciones que en todo tiempo se introduzcan en las asignaciones de actividad para cada grado y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 158 de este Decreto. En ningún caso aquellas serán inferiores al salario mínimo legal.*

*Los Oficiales y Suboficiales o sus beneficiarios, no podrán acogerse a normas que regulen ajustes prestacionales en otros sectores de la administración pública, a menos que así lo disponga expresamente la ley. (...)”*

Por su parte la Ley 100 de 1993, por la cual se creó el sistema de seguridad social integral, en su artículo 279 excluyó, entre otros servidores, a los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional de la aplicación de dicho régimen.

Sin embargo, posteriormente y por disposición del artículo 1º de la Ley 238 de 1995, el artículo 279 citado fue adicionado en un párrafo, expresándose lo siguiente:

*“Parágrafo 4. Las excepciones consagradas en el presente artículo no implican negación de los beneficios y derechos determinados en los artículos 14 y 142 de esta ley para los pensionados de los sectores aquí contemplados.”.*

El artículo 14 de la Ley 100 de 1993 previó el reajuste de las pensiones teniendo en cuenta la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor.

En ese orden de ideas, a partir de la entrada en vigencia de la Ley 238 de 1995 las personas pertenecientes a los regímenes excluidos de la aplicación de la Ley 100 de 1993, entre ellos los miembros de la Fuerza Pública, podrían acceder a estos específicos beneficios.

Ahora bien, esta Corporación ha señalado que el límite del reajuste de la asignación de retiro y pensiones, sujeto al régimen especial de la Fuerza Pública, se encuentra determinado por la entrada en vigencia del Decreto 4433 de 2004, que reglamentó la Ley 923 de 2004, mediante la cual se señalan las normas, objetivos y criterios que deberá observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública.

Dicho Decreto: i) en su artículo 42, mantuvo vigente el principio de oscilación para efectos de actualizar las referidas prestaciones y, por ende, la actualización de las asignaciones de retiro, con base en el I.P.C., sólo puede efectuarse hasta el 31 de diciembre de 2004, fecha en que se expidió la disposición en comento; y, ii) en su artículo 43, señaló que las mesadas de la asignación de retiro prescriben en 3 años contados a partir de la fecha en que se hicieron exigibles.

Observa la Sala que tanto el Juzgado Veintiséis Administrativo de Bogotá como el Tribunal Administrativo de Cundinamarca indicaron que al accionante le asiste el derecho al reajuste de su asignación de retiro teniendo en cuenta para ello el Índice de Precios al Consumidor, por resultar más favorable que el principio de oscilación consagrado en el artículo 169 del Decreto 1211 de 1990; sin embargo, las referidas Autoridades Judiciales, al determinar el modo en que opera la prescripción sobre el pago de la diferencia que resulte entre la liquidación ordenada y las sumas canceladas por concepto del incremento o reajuste anual de la asignación de retiro, asumieron posturas diferentes, en efecto:

- i) El fallador de primera instancia manifestó que estaban prescritas las mesadas causadas con antelación al 17 de mayo de 2003, por haber operado la prescripción cuatrienal; ello de conformidad con lo dispuesto en el artículo 174 del Decreto 1211 de 1990<sup>6</sup>. En tanto que,
- ii) El Tribunal Administrativo de Cundinamarca al resolver la apelación manifestó que había operado la prescripción trienal, por lo cual el pago debía efectuarse desde el 17 de mayo de 2004; lo anterior por cuanto a la fecha en que el accionante efectuó la solicitud del reajuste de su asignación de retiro con base en el IPC ya había entrado en vigencia el Decreto 4433 de 2004.

En lo concerniente al fenómeno prescriptivo, objeto de la presente acción, se observa que el Tribunal Administrativo de Cundinamarca aplicó la prescripción trienal con fundamento en el artículo 43 del Decreto 4433 de 2004; sin embargo, en anterior oportunidad esta Corporación, al resolver un caso con contornos similares al presente, precisó<sup>7</sup>:

*“De la lectura atenta de la Ley 923 de 2004, se tiene que si bien es cierto por medio de ésta, se señalaron las normas, objetivos y criterios que debería observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen*

---

<sup>6</sup> **ARTÍCULO 174. PRESCRIPCIÓN.** Los derechos consagrados en este Estatuto prescriben en cuatro (4) años, que se contarán desde la fecha en que se hicieron exigibles. El reclamo escrito recibido por autoridad competente sobre un derecho, interrumpe la prescripción, pero sólo por un lapso igual. El derecho al pago de los valores reconocidos prescribe en dos (2) años contados a partir de la ejecutoria del respectivo acto administrativo y pasarán a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares.

<sup>7</sup> Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia de 4 de septiembre de 2008, Actor: Carlos Humberto Ronderos Izquierdo, Expediente No. 0628-08, Consejero Ponente: Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.



pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública de conformidad con lo establecido en el artículo 150, numeral 19, literal e) de la Constitución Política, también lo es que en ningún aparte de la misma se desarrolló el tema de la prescripción, aparentemente reglamentado por el Decreto 4433 de 2004, en mención.

*De conformidad con el numeral 11 del artículo 189 de la Carta Política actual, el Presidente de la República, tiene asignada la potestad reglamentaria exclusiva, que lo faculta para reglamentar las leyes, con sujeción a la Constitución y al contenido mismo de la ley que se va a reglamentar. Ese poder de reglamentación se reconoce en orden a desarrollar la ley para su correcta aplicación, cumplida ejecución y desenvolvimiento, facilitando su inteligencia, debiendo para ello obrar dentro de los límites de su competencia, sin sobrepasar, ni limitar, ni modificar los parámetros establecidos en aquella, pues lo contrario, implicaría extralimitación de funciones y se constituiría en una invasión al campo propio del Legislador. (...)*

*Teniendo en cuenta lo anterior, es evidente que mal podía el Tribunal dar aplicación a la modificación de la prescripción establecida en el Decreto 4433 de 2004, cuando el Presidente de la República, so pretexto de reglamentar una ley, excedió los términos de la misma, es decir cuando la legitimidad del Decreto se derivaba de la ley que reglamentaba, razón por la cual es claro que debe seguir dándosele aplicación al Decreto Ley 1212 del 8 de junio de 1990, mediante el cual el Presidente de la República de Colombia en uso de las facultades extraordinarias que le confiere la Ley 66 de 1989, reforma el estatuto del personal y suboficiales de la Policía Nacional."*

Con base en las anteriores previsiones, la Sala considera que de conformidad con el precedente de esta Corporación la situación del accionante debió analizarse atendiendo a lo señalado en el artículo 174 del Decreto Ley 1211 de 1990, tal y como lo manifestó el Juzgado Veintiséis Administrativo de Bogotá - Sección Segunda.

Aunado a lo anterior, es preciso señalar que el accionante reclama el reajuste de su asignación de retiro por el periodo comprendido entre los años 1999 a 2006, época en la que la norma vigente en materia de términos de prescripción era el artículo 174 del Decreto 1211 de 1990, el cual, se reitera, estableció un período de 4 años contados a partir de la fecha en que se hizo exigible el derecho.

Si bien a partir del 31 de diciembre de 2004, el artículo 43 del Decreto 4433 de 2004 modificó el término prescriptivo disminuyéndolo a 3 años, debe indicarse,

que, en principio, las normas no tienen efectos retroactivos, es decir, que su eficacia en el tiempo opera hacia el futuro, salvo que en ellas mismas se disponga su aplicabilidad sobre hechos acaecidos con anterioridad a su puesta en vigencia, por lo cual en el presente asunto resulta procedente dar aplicación a la prescripción cuatrienal, tal y como se afirmó en la Sentencia de 4 de febrero de 2010, M.P. Gerardo Arenas Monsalve, radicación N° 1238-2009.

Esta Corporación, en otras oportunidades, ha señalado que el término prescriptivo para los miembros de la Fuerza Pública es cuatrienal. Al respecto veamos:

En providencia de la Sección Segunda - Subsección A de 4 de septiembre de 2008, C.P. Doctor Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, Expediente N° 0628-08, actor: Carlos Humberto Ronderos Izquierdo, se afirmó:

*“Teniendo en cuenta lo anterior, es evidente que mal podía el Tribunal dar aplicación a la modificación de la prescripción establecida en el Decreto 4433 de 2004, cuando el Presidente de la República, so pretexto de reglamentar una ley, excedió los términos de la misma, es decir cuando la legitimidad del Decreto se derivaba de la ley que reglamentaba, razón por la cual es claro que debe seguir dándosele aplicación al Decreto Ley 1212 del 8 de junio de 1990 (...)*

*Ahora bien, de conformidad con el artículo 155 del decreto 1212 de 1990, los derechos prestacionales consagrados a favor del personal y suboficiales de la Policía Nacional prescriben en cuatro años, que se contarán desde la fecha en que se hagan exigibles. Según términos de la citada norma “el reclamó escrito recibido por autoridad competente sobre un derecho interrumpe la prescripción, pero sólo por un lapso igual.” (...)*

*En el caso sub lite, da cuenta el expediente a folios 3 a 5 de la petición que formuló el demandante en sede gubernativa el día 6 de septiembre de 2006. Significa lo anterior, al tenor del citado artículo 155 del Decreto 1212 de 1990, que la prescripción de las mesadas pensionales en el caso objeto de examen fue interrumpida por un lapso igual de cuatro años, en virtud del reclamó que elevó ante el Director General de la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional para el reconocimiento y pago del derecho reclamado; es decir, la interrupción cobijó las prestaciones causadas desde el 6 de septiembre de 2002 en adelante. (...)* (Subraya la Sala)

En sentido similar, en providencia de la Sección Segunda - Subsección B, de 25 de noviembre de 2010, con ponencia de quien ahora lo hace en el presente

asunto, radicado interno No. 2062-2009, actor: Leonor Guarnizo de Maldonado, se sostuvo:

*“Ahora bien, observa la Sala que el A - quo ordenó reajustar la asignación de retiro de la accionante con base en el I.P.C. para los años 1997, 1999, 2001 a 2004, declarando la prescripción sobre las diferencias causadas con anterioridad al 26 de abril de 2007, sin embargo, es preciso aclarar, que en otras oportunidades ha precisado esta Corporación, que el término prescriptivo es cuatrienal, tal y como lo manifestó el recurrente, por tal motivo, la decisión recurrida será modificada, declarando prescritas las diferencias de las mesadas causadas con anterioridad al 26 de abril de 2003 de conformidad con lo preceptuado en el artículo 174 del Decreto No. 1211 de 1990.”. (Subraya la Sala)*

En atención a lo anterior, considera la Sala que el Tribunal Administrativo de Cundinamarca - Sección Segunda - Subsección A debió haber analizado la situación del señor Efraín Castañeda Hernández de cara al precedente de esta Corporación a efectos de determinar si procedía declarar la prescripción trienal o cuatrienal de las mesadas, en tanto, se reitera, el accionante reclama el reajuste de su asignación de retiro por el periodo comprendido entre los años 1999 a 2006, época en la que la norma vigente en materia de términos de prescripción era el artículo 174 del Decreto 1211 de 1990

Conforme a los anteriores planteamientos, es posible concluir que el Tribunal Administrativo de Cundinamarca - Sección Segunda - Subsección A al modificar el numeral 4º de la Sentencia de 27 de agosto de 2010 del Juzgado Veintiséis Administrativo de Bogotá - Sección Segunda, en el sentido de indicar que se encontraban prescritas las diferencias causadas con anterioridad al 17 de mayo de junio de 2004 por haber operado el fenómeno de la prescripción trienal, desconoció el precedente judicial del máximo órgano de la jurisdicción contencioso administrativa, contenido, entre otras, en las Sentencias **i)** de 11 de agosto de 2011, con ponencia de quien ahora lo hace en el presente asunto, radicado interno No. 0535-2011; **ii)** de 4 de septiembre de 2008, C.P. Doctor Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, Expediente N° 0628-08; y, **ii)** de 25 de noviembre de 2010, con ponencia de quien ahora lo hace en el presente asunto, radicado interno No. 2062-2009, según las cuales **el fenómeno prescriptivo para los miembros de la Fuerza Pública es de período cuatrienal, al tenor de lo dispuesto por el artículo 174 del Decreto 1211 de 1990.**

Por lo anterior, esto es, por observarse que el Tribunal no hizo análisis de dicha situación, se reitera, que el fenómeno prescriptivo es de periodo cuatrienal, de cara no solamente a lo sostenido por el Consejo de Estado sino al caso concreto del accionante, es viable acceder a las pretensiones, con el objeto de que la Corporación Judicial accionada, analizando dichas circunstancias, clarifique las razones por las cuales hay o no lugar a dar aplicación a la prescripción trienal o cuatrienal.

Dado que el presente litigio supera los requisitos de procedibilidad enunciados con anterioridad y se observa la configuración de un defecto de fondo, como lo es el desconocimiento del precedente judicial y violación de los derechos fundamentales al debido proceso e igualdad, la Sala concederá el amparo constitucional invocado, a fin de dejar sin efectos la Sentencia de 6 de octubre de 2011 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca - Sección Segunda - Subsección A, mediante la cual se modificó el numeral 4º del fallo de 27 de agosto de 2010 emitido por el Juzgado Veintiséis Administrativo de Bogotá - Sección Segunda en el sentido de indicar que se encontraban prescritas las diferencias causadas con anterioridad al 17 de mayo de 2004 por haber operado el fenómeno de la prescripción trienal, lo anterior por cuanto no tuvo en cuenta los parámetros jurisprudenciales aquí referidos.

#### **DECISION**

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**

**Ampárense** los derechos fundamentales al debido proceso e igualdad del señor Efraín Castañeda Hernández vulnerados por el Tribunal Administrativo de

Cundinamarca - Sección Segunda - Subsección A al haber proferido el fallo de 6 de octubre de 2011 a través del cual, dentro de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho incoada por él contra la Nación - Ministerio de Defensa - Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, modificó el numeral 4º de la providencia de 27 de agosto de 2010 proferida por el Juzgado Veintiséis Administrativo de Bogotá - Sección Segunda en el sentido de indicar que se encontraban prescritas las diferencias causadas con anterioridad al 17 de mayo de 2004 por haber operado el fenómeno de la prescripción trienal. En consecuencia,

**Déjase sin efectos** la Sentencia de 6 de octubre de 2011 proferida, en segunda instancia, por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca - Sección Segunda - Subsección A, dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho incoado por Efraín Castañeda Hernández contra la Nación - Ministerio de Defensa - Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, en cuanto declaró que se encontraban prescritas las diferencias causadas con anterioridad al 17 de mayo de 2004 por haber operado el fenómeno de la prescripción trienal, en razón a que no hace referencia alguna del precedente judicial aquí referido.

**Ordénase** al Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección A que, dentro de los 40 días siguientes a la notificación de esta providencia, emita la decisión de reemplazo en aras de determinar si el fenómeno prescriptivo para los miembros de la Fuerza Pública es de período cuatrienal, tomando como referente los precedentes jurisprudenciales aquí citados y el caso concreto del accionante, haciendo claridad que la presente Sentencia no incide ni determina el sentido de la decisión que deberá sustituir a la que fuera anulada, pues el juez natural preserva su criterio y su propia responsabilidad al expedir el fallo sustitutivo.

**Cópiese, notifíquese y, si no fuere impugnada, envíese a la Corte Constitucional para su eventual revisión. Cúmplase**

La presente providencia fue discutida en la Sala de la fecha.

**BERTHA LUCIA RAMIREZ DE PAEZ**

**GERARDO ARENAS MONSALVE**

**VICTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA**