ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL / AUSENCIA DE DEFECTO SUSTANTIVO - Adecuada aplicación de la norma sobre caducidad / CADUCIDAD DEL MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO – Cuatro meses a partir de la ejecutoria del acto administrativo / MIEMBROS DE LAS FUERZAS MILITARES – En retiro / SOLICITUD DE REAJUSTE DEL SALARIO - Cuando se produce el retiro deja de ser una prestación periódica / INEXISTENCIA DE LA VIOLACIÓN DIRECTA DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA

Como se observa, los jueces de instancia se basaron en que el contenido normativo descrito en el artículo 164 de la Ley 1437 de 2011, fijó como término perentorio para demandar un acto administrativo de contenido particular, el de cuatro meses contados a partir de la notificación de dicho acto, lo cual aplicaba para el caso porque el peticionario reclamó el reajuste cuando su vínculo laboral no se encontraba vigente y por tanto había perdido su naturaleza de prestación periódica. (...) esta Sala teniendo en cuenta las reglas de caducidad que consagra el artículo 164 de la Ley 1437 de 2011 citada en precedencia, concluye que el defecto sustantivo que se le atribuye a las providencias de primera y segunda instancia cuestionadas en sede de tutela, no se configuró frente a la decisión de rechazo del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho que se dirigió contra el acto que expidió el Ministerio de Defensa—Ejército Nacional y que le negó el reajuste salarial por el período 1997 a 2004. Lo anterior porque tal y como ya se precisó, el acto que le negó el reajuste salarial estaba sujeto al término de caducidad que prevé el artículo 164 del C.P.A.C.A., en razón a la terminación del vínculo laboral con derecho a asignación de retiro. Para la Sala entonces, la decisión de rechazo del medio de control por caducidad del acto administrativo que se viene comentando, no incurrió en el defecto que se le atribuyó. Esta decisión se motivó válidamente, no desconoció precedente alguno, por el contrario, se soportó en el criterio que sobre este preciso punto fijó el Consejo de Estado en distintas providencias. Por las anteriores razones tampoco se incurrió en violación directa de la Constitución, por el contrario, se garantizó el derecho de acceso a la administración de justicia que en todo caso está ligado al respeto del derecho al debido proceso y a las normas que establecen presupuestos procesales, como el de la caducidad.

FUENTE FORMAL: LEY 1437 DE 2011 – ARTÍCULO 164 – NUMERAL 2 – LITERAL D

ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL / DEFECTO SUSTANTIVO – Indebida aplicación de la norma sobre caducidad de prestaciones periódicas / AJUSTE DE LA ASIGNACIÓN DE RETIRO DE LA FUERZA PÚBLICA - Se puede presentar en cualquier tiempo / IMPROCEDENCIA DEL RECHAZO DE LA DEMANDA – Acreditado / VULNERACIÓN DEL DERECHO AL ACCESO A LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

[C]omo las decisiones cuestionadas en sede de tutela rechazaron la demanda en su totalidad sin tener en cuenta que el otro acto demandado, esto es, el oficio núm. 690 suscrito por el Subdirector Administrativo de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares resolvió de manera negativa la petición de reajuste de la asignación de retiro, que, como ya se precisó, se asimila a una pensión de vejez o de jubilación, y no está sujeto al término de caducidad y en consecuencia puede ser demandado en cualquier tiempo. De esta manera, la decisión de los jueces de instancia no se acompasa con el mandato del artículo 164 que establece que los “actos que reconocen o niegan prestaciones periódicas no caducan”. Se encuentra

entonces configurado el defecto sustantivo alegado, máxime cuando los mismos jueces están reconociendo esta condición especial del acto demandado y aun así deciden rechazar la demanda con un argumento que no se compadece con el estudio de los requisitos formales de toda demanda y del cumplimiento de los presupuestos procesales del medio de control que ejerció el hoy actor en tutela.

FUENTE FORMAL: LEY 1437 DE 2011 – ARTÍCULO 164 – NUMERAL 1 – LITERAL C

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA

SUBSECCIÓN C

Consejero ponente: JAIME ENRIQUE RODRÍGUEZ NAVAS

Bogotá, veintinueve (29) de abril de dos mil diecinueve (2019)

Radicación número: 11001-03-15-0002019-01288-00(AC)

Actor: FERNANDO OLEGARIO MUNEVAR MUNEVAR

Demandado: TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL VALLE DEL CAUCA Y JUZGADO PRIMERO ADMINISTRATIVO DE CALI

Acción de Tutela – FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

I. ASUNTO

La Subsección C de la Sección Tercera del Consejo de Estado, en sede de tutela, decide la acción de la referencia.

II. ANTECEDENTES

Fernando Olegario Munevar Munevar obrando a través de apoderado, radicó demandada, en ejercicio de la acción de tutela, ante el Consejo de Estado contra el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca Sección Segunda—Subsección D y el Juzgado Primero Administrativo de Cali con el objeto de que se protejan sus derechos fundamentales al debido proceso, a la defensa, a la igualdad y de acceso a la administración de justicia que consideró le fueron vulnerados por las autoridades judiciales accionadas al rechazar por caducidad la demanda que presentó en contra de la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional.

III. SOLICITUD DE TUTELA

El actor en tutela solicitó al Consejo de Estado: i) conceder el amparo de los derechos fundamentales al debido proceso, del acceso a la administración de justicia y a la igualdad; ii) dejar sin valor o efecto los autos que profirieron el

Juzgado Primero Administrativo de Cali y la Sala de Oralidad del Tribunal Administrativo del Valle del Cauca; iii) ordenar a las autoridades accionadas que en un término no superior a ocho días hábiles profieran auto admisorio de la demanda.

IV. HECHOS PROBADOS

1. Fernando Olegario Munevar Munevar prestó sus servicios al Ejército Nacional. Dado de baja el 15 de agosto de 2000 con asignación de retiro.

2. El derecho pensional se le reconoció por Resolución núm. 4503 del 13 de diciembre de 2000, en cuantía equivalente al 85% del sueldo básico que devengó en actividad, a partir del 15 de noviembre de 2000.

3. El 24 de abril de 2017 presentó, derecho de petición en el que solicitó al Ministerio de Defensa – Ejército Nacional, la reliquidación del sueldo básico y de las prestaciones que devengó en el período 1997 a 2000, con el fin de lograr el reajuste e incremento de conformidad con el índice de precios al consumidor fijado por el DANE.

4. La Sección de Nómina de la Dirección de Personal del Ejército Nacional dio respuesta a través del oficio núm. 20173170758191MDN-CGFM-COEJC-SECEJ-JEMGF-COPER-DIPER-1.10 del 11 de mayo de 2017, negando lo solicitado.

5. El actor acudió al a Caja de Retiro de las fuerzas Militares el 17 de abril de 2017 y solicitó la reliquidación de la asignación de retiro incluyendo el incremento correspondiente al índice de precios al consumidor fijado por el DANE. La Caja negó la petición debido a que para las fechas en que se presentaron diferencias entre el porcentaje del IPC y el principio de oscilación del régimen especial de las Fuerzas Militares, Fernando Olegario Munevar Munevar no devengaba asignación de retiro por encontrarse en servicio activo.

6. En procura de la nulidad de los actos administrativos que le negaron la reliquidación, el interesado presentó demanda en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho en el que solicitó¹:

6.1. Ordenar al Ministerio de Defensa – Ejército Nacional la reliquidación del sueldo básico, de las primas y de las prestaciones sociales que devengó en el período comprendido entre 1997 hasta la fecha de retiro de la institución, de conformidad con el IPC fijado por el DANE y la corrección de la hoja de servicios modificando la descripción de los últimos haberes devengados y la descripción de las partidas computables para el reconocimiento de las prestaciones sociales y la asignación de retiro.

6.2. Ordenar a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares la reliquidación de “los sueldos básicos que hacen parte de la asignación de retiro” que devenga como Sargento Mayor (RA); el incremento del salario básico y por ende de su asignación de retiro reajustando la base pensional de liquidación de la asignación de retiro, con el fin de incorporar el sueldo básico correspondiente al grado de sargento mayor cancelado desde el 15 de noviembre de 2000 (fecha del pago de la primera mesada pensional) hasta la actualidad.

¹ Fol. 1 a 5 del expediente de tutela.

6.3. El pago de las diferencias que resulten entre la reliquidación solicitada y los montos económicos generados por el reajuste anual de la asignación de retiro.

7. El Juzgado Primero Administrativo de Cali, a quien le correspondió conocer y tramitar la demanda, decidió, por auto del 20 de noviembre de 2017, rechazar por caducidad el medio de control, para lo cual afirmó que:

“[...] se pretende el reajuste de una prestación económica –salario que devengó el actor durante el servicio activo-, después de terminarse el vínculo laboral con la entidad militar, dicha prestación pierde el carácter de periódica, circunstancia ante la cual el término de caducidad del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho debía estudiarse a la luz de lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 164 de la Ley 1437 de 2011 (...).

De las pruebas y de los hechos de la demanda se desprende que el acto administrativo proferido por la Nación – Ministerio de Defensa fue notificado el día 11 de mayo de 2017, la parte demandante contaba con cuatro meses para presentar la demanda, es decir, que debía radicarla a más tardar el día 14 de agosto de 2017, y como esta fue presentada el 28 de septiembre de 2017, superó los cuatro meses...”.

8. Contra la anterior decisión el señor Munevar Munevar interpuso el recurso de apelación que resolvió confirmar el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca confirmando la decisión en tanto que:

“[...] los efectos de la aplicabilidad de la caducidad en asuntos de carácter laboral debe diferenciarse entre la prestación periódica que constituye la asignación básica, de la prestación periódica denominada asignación de retiro (pensión), por lo que cuando se habla de asignación básica (salario), esta conserva la cualidad de periódica siempre y cuando el vínculo laboral se mantenga vigente, distinta es la asignación de retiro que se asimila a una pensión de vejez, porque al ser una prestación que se originó por la terminación de la relación laboral, la periodicidad continua por lo que la caducidad no se aplica...”

Tanto en la demanda como en el derecho de petición se solicitó la reliquidación y el reajuste de los sueldos básicos que el señor Fernando Munevar devengó en el período comprendido entre 1997 a 2004, por lo que no es de recibo el argumento de que lo realmente pretendido era efectuar la corrección de la hoja de servicios.

Si bien las pretensiones se formularon en forma separada y contra dos entidades diferentes, para la prosperidad de la segunda es necesario la prosperidad de la primera...”.

9. El tribunal condenó en costas al demandante con apoyo en los numerales 1 y 3 del artículo 365 del C. G. del P.

V. FUNDAMENTOS DE LA SOLICITUD DE TUTELA

Afirmó el accionante que la decisión de rechazo de la demanda vulnera sus derechos fundamentales al debido proceso y de acceso a la administración de justicia, al incurrir en defecto sustantivo, en defecto fáctico, en violación de la Constitución, en desconocimiento del precedente, en defecto procedimental y al carecer de motivación.

El **defecto sustantivo** lo sustentó el accionante en el siguiente sentido:

- **Falta de aplicación**, del artículo 45 de la Ley 1437 de 2011 y del literal F del numeral 1 del artículo 164 de la Ley 1437 de 2011, que habilita solicitar

en cualquier tiempo la corrección de la hoja de servicios como acto administrativo que es y esta fue la principal pretensión de su demanda. Y agregó que para poder efectuar la corrección de la hoja de servicios, es necesario que de manera previa se reliquide o reajuste el sueldo básico, las prestaciones sociales y las demás partidas computables que deben tenerse en cuenta para el reconocimiento de la asignación de retiro.

Añadió que el juzgado omitió valorar que la reliquidación de los sueldos básicos se erige como una pretensión aritmética y numérica de los guarismos expresados en la hoja de servicios, sin trasfondo monetario alguno para el Ministerio de Defensa.

- **Falta de aplicación** del literal c) del numeral 1) del artículo 164 de la Ley 1437 de 2011, del artículo 158 del decreto 1211 de 1990 y del artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, porque las providencias desconocieron que el sueldo básico constituye una prestación periódica por constituirse en la columna vertebral de la liquidación tanto de la asignación mensual de actividad como de las prestaciones devengadas también en actividad.

Se desconoció el artículo 164 numeral 2 literal c) porque la caducidad se empezó a contar desde la fecha de expedición del acto y la norma claramente establece que este término empieza a correr desde la fecha de notificación del acto administrativo, fecha que no aparece especificada en la demanda por lo que la autoridad judicial debió, antes del rechazo, verificar por los medios que tiene a su alcance esta fecha de notificación.

Respecto de la condena en costas, afirmó el actor que el tribunal incurrió en defecto sustantivo por interpretación errónea del artículo 188 de la Ley 1437 de 2011 en el que se estipuló que para imponer condena en costas el criterio a aplicar no es el objetivo, porque esta condena está supeditada a la verificación de otros presupuestos. Agregó que el defecto sustantivo también se configuró por falta de aplicación del numeral 8 del artículo 365 de la Ley 1564 de 2012 ya que no se verificó si en efecto en el trámite del recurso de apelación se incurrió en alguno de los rubros que dan lugar a dicha condena

El **defecto fáctico** lo soportó en que los jueces de instancia no valoraron en debida forma la certificación de sueldos y la certificación de las partidas computables para liquidar la asignación de retiro y con los cuales se demostró que de acuerdo con el régimen especial de la Fuerza Pública, el sueldo es una prestación periódica y constituyó la “columna vertebral” de la liquidación tanto de la asignación mensual como de la asignación de retiro.

Desconocimiento del precedente relacionado con la ausencia de caducidad en materia de reliquidación de sueldos básicos y prestaciones sociales, concretamente el auto del 26 de junio de 2015 que profirió el Consejo de Estado en el expediente radicado al núm. 25000-23-41-000-2014-01569-01 A.G.; la sentencia del 6 de julio de 2011 radicado núm. 25000-23-25-000-2007-00374-01; la sentencia del 11 de febrero de 2015 radicado núm. 25000-23-25-000-2009-00332-01 en las que el Consejo de Estado, frente a una solicitud similar de reliquidación del sueldo básico de los ex miembros de la Fuerza Pública, reiteró que el derecho a las prestaciones laborales, incluidos los elementos que las integran, pueden reclamarse en cualquier tiempo.

Para el actor también se desconoció el precedente relativo a la ausencia de caducidad en materia de corrección de la hoja de servicios porque, la Sección

Segunda del Consejo de Estado en sentencias del 23 de noviembre de 2006 proferida dentro del radicado núm. 25000232500019974463101 y del 5 de octubre de 2017, precisó que las actuaciones relacionadas con la modificación de la hoja de servicios² pueden iniciarse en cualquier tiempo y por tanto frente a dichas solicitudes no opera la caducidad.

Estas sentencias, a juicio del actor, dejan en claro que la liquidación de la asignación de retiro debe hacerse de conformidad con lo establecido en la Constitución y en la Ley independientemente de los factores por los que el Ministerio de Defensa se hubiese equivocado en el pago de la asignación mensual de actividad cuando el demandante se encontraba en servicio activo.

Violación directa de la Constitución porque los jueces desatendieron principios y reglas constitucionales que debieron ser tenidas en cuenta al momento de resolver el caso concreto, como el artículo 53 constitucional.

Decisión sin motivación que sustentó afirmando que no se expusieron la totalidad de las razones y motivos que condujeron a los funcionarios a desatender los fundamentos de hecho y de derecho que sustentaban la demanda y el recurso de apelación. Y adicionalmente el tribunal no expresó las razones y motivos por los que condenó en costas.

Defecto procedimental por exceso ritual manifiesto en atención a que el rechazo de la demanda no encuentra justificación razonable ni propende por un fin u objetivo legítimo que persiga el cumplimiento de los principios o valores que inspiran la constitución política o los tratados internacionales relacionados con los derechos económicos y sociales de un sector de la población que se encuentra en circunstancias de vulnerabilidad.

Concluyó afirmando que la actuación de los despachos accionados no encuentra justificación razonable ni propende por un fin u objetivo legítimo que persiga el cumplimiento de alguno de los principios o valores que inspiran la Constitución o los tratados internacionales relacionados con los derechos económicos y sociales. Y agregó que la jurisprudencia del Consejo de Estado ha sido clara en precisar que el derecho al reajuste salarial no prescribe máxime cuando su aplicación afecta directamente la liquidación y pago de los derechos salariales, prestacionales y pensionales subsiguientes.

VI. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Competencia

Esta Sala es competente para conocer en primera instancia de la acción de tutela instaurada en contra del Tribunal Administrativo del Valle del Cauca y el Juzgado Primero Administrativo de Cali, de conformidad con lo que establece el artículo 86 de la C.P., el artículo 37 del Decreto 2591 de 1991; el Decreto 1069 de 2015 modificado por el Decreto 1983 de 2017 y el artículo 25 del Acuerdo de Sala Plena del Consejo de Estado núm. 080 del 12 de marzo de 2019.

2. Trámite de tutela

² Acto preparatorio cuya finalidad es el reconocimiento o la reliquidación de la asignación de retiro.

El Despacho por auto del 1 de abril de 2019 admitió la acción y ordenó notificar a las autoridades contra las cuales se dirigió la solicitud y al tercero que vinculó de oficio³.

La Secretaría General de la Corporación dio cumplimiento a lo ordenado en el auto admisorio tal y como se constató a folios 73 a 83.

El expediente ingresó nuevamente al Despacho para proferir decisión de fondo, el 9 de abril de 2019 según constancia secretarial visible al folio 121.

3. Respuesta de las accionadas

3.1. La Caja de Retiro de las Fuerzas Militares solicitó su desvinculación del trámite de tutela porque no fue la autoridad que expidió las providencias cuestionadas. Agregó que el accionante tuvo a su disposición los recursos ordinarios que le fueron resueltos y no puede pretender ahora, acudir a la tutela para lograr la admisión de su demanda.⁴

3.2. El juzgado accionado manifestó que la acción de tutela resulta improcedente porque lo que pretende el accionante es soslayar la labor judicial para que se convierta ésta en una tercera instancia. Afirmó que el estudio de la demanda estuvo precedido del respeto al debido proceso y al derecho a la defensa⁵.

3.3. El Ministerio de Defensa solicitó que se niegue el amparo porque no existe vulneración de derecho fundamental alguno, por el contrario, fue la parte demandante la que dejó transcurrir el tiempo para presentar el reclamo ante la jurisdicción⁶ y por ende debe asumir las consecuencias que su inactividad le generó.

3.4. El Tribunal Administrativo del Vale del Cauca – Sala de Oralidad, afirmó que se incumplió el requisito de relevancia constitucional porque los argumentos que expone la parte actora son los mismos que expuso en la demanda que se le rechazó.

Destacó que si bien las solicitudes de acreencias de carácter salarial, al ser prestaciones periódicas no están sujetas al término de caducidad, esta excepción aplica cuando quien pretenda su pago siga teniendo un vínculo laboral con la entidad, pues finalizada la relación no es posible hablar de periodicidad del pago. Cita como soporte de su afirmación la sentencia de la Sección Segunda del Consejo de Estado proferida dentro del radicado 2016-01497 el 21 de junio de 2018.

Precisó que lo pretendido en la demanda era el reajuste del sueldo básico y las prestaciones sociales devengadas en servicio activo, así como la reliquidación de la asignación de retiro y no como se deduce en la tutela la corrección aritmética de la hoja de servicios que conllevaría a la reliquidación de la asignación de retiro, por lo que los pronunciamientos del Consejo de Estado que el actor citó como desconocidos, no versan sobre los mismos hechos.

Con fundamento en lo anterior, solicitó negar el amparo constitucional⁷.

³ Fol. 72 del presente cuaderno.

⁴ Fol. 84 a 87 del presente cuaderno.

⁵ Fol. 96 a 98 del presente cuaderno.

⁶ Fol. 100 a 102 del presente cuaderno.

Fol. 104 a 106 del presente cuaderno.

4. Problema jurídico

La Sala debe determinar, en primer término, si se cumplen con los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales. De ser así, pasará a establecer si el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca y el Juzgado Primero Administrativo de Cali, al rechazar la demanda que en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento presentó Fernando Olegario Munevar Munevar contra la Nación - Ministerio de Defensa - Ejército Nacional, incurrieron en los defectos sustantivo, fáctico y de desconocimiento del precedente por haber rechazado la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho por caducidad.

5. La acción de tutela contra decisiones judiciales

La acción de tutela dispuesta en el artículo 86 de la Constitución Política, es un procedimiento preferente y sumario que toda persona tiene a su alcance para reclamar la protección inmediata de los derechos constitucionales vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o de un particular, en los casos que establece la ley.

En relación con la acción de tutela contra providencias judiciales, la postura reiterada y uniforme de la Corte Constitucional⁸ y el Consejo de Estado⁹ ha sido admitir su procedencia excepcional, siempre que se cumplan los requisitos generales de procedibilidad (exigencias generales) y cualquiera de las causales específicas de procedencia (defectos).

La posición actual ha evolucionado en la jurisprudencia constitucional, entre otras providencias, empezando por la tesis de la vía de hecho fijada en las sentencias C-543 de 1992 y T-079 de 1993 y su redefinición en la T-949 de 2003, hasta llegar a su sistematización en la sentencia C-590 de 2005 en la cual se modifica la concepción de vía de hecho, a la de vulneración del derecho al debido proceso por la presencia de defectos especiales, previo cumplimiento de unos requisitos generales de procedibilidad.

Por su parte, el Consejo de Estado en sentencia de unificación por importancia jurídica, del 5 de agosto de 2014, concluyó que la acción de tutela procede contra providencias judiciales siempre y cuando se respete el principio de autonomía del juez natural, y se cumplan los requisitos generales y específicos precisados por la Corte Constitucional.

5.1. Requisitos generales:

El examen de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales se deriva de los requisitos que se infieren del artículo 86 de la Constitución, del Decreto 2591 de 1991, y de la concreción que, por la vía interpretativa ha hecho la jurisprudencia constitucional.

⁸ Al respecto ver, entre otras, las sentencias T-573 de 1997, T-567 de 1998, T-001 de 1999, T-377 de 2000, T-1009 de 2000, T-852 de 2002, T-453 de 2005, T-061 de 2007, T-079 de 1993, T-231 de 1994, T-001 de 1999, T-814 de 1999, T-522 de 2001, T-842 de 2001, SU-159 de 2002, T-462 de 2003, T-205 de 2004, T-701 de 2004, T-807 de 2004, T-1244 de 2004, T-056 de 2005, T-189 de 2005, T-800 de 2006, T-061 de 2007, T-018 de 2008, T-051 de 2009, T-060 de 2009, T-066 de 2009, T-889 de 2011, T-010 de 2012, T-1090 de 2012, T-074 de 2012, T-399 de 2013, T-482 de 2013, T-509 de 2013, T-254 de 2014, T-941 de 2014 y T-059 de 2015.

⁹ Sentencia de unificación por importancia jurídica, proferida por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo el 5 de agosto de 2014. M.P: Jorge Octavio Ramírez Ramírez. Exp. n.º 11001-03-15-000-2012-02201-01 (IJ) Demandante: Alpina Productos Alimenticios S.A.

Así las cosas, antes que todo es necesario verificar la legitimación en la causa como una exigencia preliminar en cualquier acción de amparo, para, posteriormente, pasar a constatar los demás requisitos generales de procedibilidad, en los siguientes términos: (i) que la cuestión que se discute tenga relevancia constitucional; (ii) que previo a la solicitud de tutela se hayan agotado todos los medios de defensa judicial con los que cuenta la persona afectada; (iii) que se cumpla con el principio de inmediatez; (iv) que en caso de que se alegue una irregularidad procesal, la misma tenga la entidad de afectar la decisión; (v) que en la solicitud de tutela se expresen de manera clara los hechos y los fundamentos de la afectación de derechos que se imputa a la decisión judicial; y de manera general, (vi) no procede elevar una solicitud de amparo contra decisiones proferidas dentro de procesos de tutela.

Cuando no se cumpla con alguno de esos presupuestos, la acción de tutela deviene improcedente. En caso contrario, de acreditarse todos los requisitos generales, corresponde verificar si la providencia objeto de reproche incurrió en alguna de las causales específicas o defectos que se describen a continuación:

5.2. Causales específicas:

Las causales específicas de procedencia de la acción de tutela contra providencia judicial se concretan en los defectos o errores en que puede incurrir la decisión cuestionada, de modo que si una decisión judicial incurre en alguna de las causales específicas, podrá ser razón suficiente para el amparo constitucional¹⁰. A saber:

a) Defecto orgánico, que se presenta cuando el juez carece de competencia; b) defecto procedimental, el cual ocurre cuando la autoridad judicial actuó al margen del procedimiento establecido; c) defecto fáctico, esto es, cuando el juez no tuvo en cuenta el material probatorio obrante en el expediente para proferir decisión; d) defecto material o sustantivo, el cual se origina en el evento en que se decida con fundamento en normas inexistentes o inconstitucionales, en contravía de ellas, o existe una evidente y grosera contradicción entre los fundamentos y la decisión; e) error inducido, cuando la autoridad judicial es víctima de engaño por terceros y el mismo lo condujo a tomar 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 en el entendido que precisamente en esa motivación reposa la legitimidad de su órbita funcional; g) desconocimiento del precedente constitucional, cuando la Corte Constitucional establece el alcance de un derecho fundamental y el juez ordinario aplica una ley limitando sustancialmente dicho alcance y h) violación directa de la Constitución Política, cuando los jueces desconocen la aplicación de la Ley Fundamental, conforme al mandato consagrado en el artículo 4º de la Carta Política que antepone de manera preferente la aplicación de sus postulados.

Corresponde, entonces, pasar a verificar si en el presente asunto la solicitud de tutela cumple con todos los requisitos generales de procedibilidad y, en tal caso, si se presenta alguno de los defectos alegados por la parte accionante.

6. Verificación de los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela en el caso concreto

¹⁰ Sentencias T-352 de 2012, T-103 de 2014, T-125 de 2012, entre otras.

6.1. Legitimación en la causa

En el presente evento la acción la ejerce Fernando Olegario Munevar Munevar, como titular de los derechos presuntamente desconocidos en su condición de demandante en el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho que se rechazó por las autoridades accionadas. En consecuencia, se encuentra legitimado en la causa por activa.

El Tribunal Administrativo del Valle del Cauca – Sala de Oralidad y el Juzgado Primero Administrativo de Cali como autoridades contra las que se dirige la acción, por haber expedido las providencias que son objeto de revisión, se encuentran legitimados en la causa por pasiva.

6.2. Relevancia constitucional

El requisito de relevancia constitucional se entiende cumplido cuando se acredita que el asunto gira en torno al contenido, alcance y goce de algún derecho fundamental¹¹ y no a asuntos de carácter meramente legal o de contenido económico que corresponde definir a otras jurisdicciones¹². En las acciones de tutela contra providencias judiciales, el requisito referido se cumple siempre que se evidencie, a primera vista, la afectación o vulneración de las garantías constitucionales o núcleo de los derechos fundamentales y se descarte el uso del mecanismo de amparo como una instancia o recurso adicional para controvertir las decisiones de los jueces¹³.

Para la Sala, aplicando el anterior argumento, la cuestión que se discute tiene relevancia constitucional, toda vez que el rechazo de la demanda puede afectar sus derechos fundamentales de acceso a la administración de justicia por limitársele hacer uso de su derecho de acción. Además que en el fondo puede afectar sus derechos salariales y prestacionales.

6.3. Subsidiariedad

La Constitución Política en su artículo 86 estableció como presupuesto de procedencia de la acción de tutela, la subsidiariedad. Este requisito se reglamentó en el artículo 6º numeral 1º del Decreto 2591 de 1991.

Estas disposiciones son claras al establecer que la acción de tutela no es un mecanismo principal de defensa, por lo tanto se debe acudir a los mecanismos ordinarios de defensa que resulten idóneos y eficaces para la protección de un derecho fundamental.

Cuando se trata de tutela contra providencia judicial el cumplimiento de este requisito se hace aún más exigente, para evitar que la acción se use como un mecanismo alternativo o supletorio de los mecanismos ordinarios que el legislador tiene previsto para controvertir las decisiones judiciales, con el fin de: i) prevenir la intromisión indebida de una autoridad distinta a la que adelanta el proceso ordinario; ii) que no se alteren o sustituyan de manera fraudulenta los mecanismos de defensa diseñados por el Legislador; iii) que los ciudadanos observen un mínimo de diligencia en la gestión de sus asuntos, pues no es ésta la forma de

¹¹ Corte Constitucional, sentencia C-590 de 8 de junio de 2005, M.P. Jaime Córdoba Triviño.

¹² Corte Constitucional, sentencia SU-439 de 13 de julio de 2017, M.P. Alberto Rojas Ríos y T-458 de 29 de agosto de 2016, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

¹³ Corte Constitucional, sentencia T-102 de 16 de febrero de 2006, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto. En igual sentido ver sentencias T-075-18, T-451-18, T-422-18 y T-248-18.

enmendar deficiencias, errores o deducidos, ni de recuperar oportunidades vencidas al interior de un proceso judicial¹⁴.

En aplicación del criterio que se acabó de exponer la Sala concluye que se cumple con este requisito porque no existen mecanismos de defensa ordinarios o extraordinarios, con los que el solicitante pueda intentar la defensa y protección de sus derechos fundamentales. En el proceso ordinario se agotaron las dos instancias procesalmente previstas y no se observa la existencia de alguna de las causales que permitan el ejercicio del recurso extraordinario de revisión o el de unificación de jurisprudencia, razón por la cual este requisito general de procedencia se encuentra cumplido.

6.4. Inmediatez

La Constitución política de Colombia en su artículo 86 estableció la acción de tutela, como mecanismo que puede ser ejercido en todo momento y lugar, lo que indica que los derechos fundamentales no prescriben, sin ignorar que esta acción debe ejercerse dentro de un término razonable con la finalidad de que no exista abuso del derecho, pues al omitir este requisito procesal se desgastaría la administración de justicia, generando inseguridad jurídica en el desarrollo de la acción y se desbordaría su objeto que no es otro que el de reclamar a los jueces en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, la protección inmediata de derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares.¹⁵

De lo anterior se sustrae la eficacia de la acción de tutela debido a que su finalidad es la protección inmediata de los derechos por lo cual su uso debe ser congruente con el propósito del amparo, como lo planteó la Corte Constitucional en la sentencia C- 543 de 1992¹⁶. Y respecto a la necesidad de razonabilidad en su ejercicio, la sentencia SU-961 de 1999 indicó que para verificar el cumplimiento de la razonabilidad, el juez constitucional debe analizar si existe un motivo para la inactividad del accionante, si la inactividad injustificada vulnera el núcleo esencial de los derechos de terceros afectados con la decisión y si existe nexo causal entre el ejercicio inoportuno y la vulneración de los derechos fundamentales.¹⁷

¹⁴ T-017 de 2012. M.P. María Victoria Calle Correa.

¹⁵ Decreto 2591 de 1991, artículo 1.

¹⁶ "... la acción de tutela ha sido instituida como remedio de aplicación urgente que se hace preciso administrar en guarda de la efectividad concreta y actual del derecho objeto de violación o amenaza. Luego no es propio de la acción de tutela el sentido de medio o procedimiento llamado a reemplazar los procesos ordinarios o especiales, ni el de ordenamiento sustitutivo en cuanto a la fijación de los diversos ámbitos de competencia de los jueces, ni el de instancia adicional a las existentes, ya que el propósito específico de su consagración, expresamente definido en el artículo 86 de la Carta, no es otro que el de brindar a la persona protección efectiva, actual y supletoria en orden a la garantía de sus derechos constitucionales fundamentales"¹⁶.

¹⁷ Magistrado Ponente Vladimiro Naranjo Mesa. Criterio que ha venido evolucionando siendo así que en sentencia T-246 de 2015 se logran observar de forma más concreta los criterios que debe analizar el juez constitucional respecto al requisito de inmediatez: "La acción de tutela sería procedente cuando fuere promovida transcurrido un extenso espacio entre el hecho que generó la vulneración, siempre que: i) exista un motivo válido para la inactividad de los accionantes, por ejemplo, el estado de indefensión, interdicción, abandono, minoría de edad, incapacidad física, entre otros; ii) la inactividad injustificada vulnera el núcleo esencial de los derechos de terceros afectados con la decisión; iii) exista un nexo causal entre el ejercicio inoportuno de la acción y la vulneración de los derechos de los interesados; o iv) cuando se demuestre que la vulneración es permanente en el tiempo y que, pese a que el hecho que la originó es muy antiguo respecto de la presentación de la tutela, la situación desfavorable del actor derivada del irrespeto por sus derechos, continúa y es actual."

Este requisito debe ser más exigente, cuando el objeto de la tutela es una providencia judicial, pues de otra manera la seguridad jurídica se vería comprometida, tal y como lo precisó la sentencia T- 038 de 2017 "...si dicho requisito se abordara con laxitud, la firmeza de las decisiones judiciales estaría siempre a la espera de una controversia constitucional".¹⁸

La Sala para verificar el cumplimiento de este requisito en el presente evento, tiene en cuenta lo siguiente:

El auto objeto de revisión en sede de tutela se profirió por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca el 28 de septiembre de 2018¹⁹, se notificó por anotación en estados del 3 de octubre de 2018 y la solicitud de tutela se radicó el 28 de marzo de 2019²⁰.

Consecuente con lo anterior se infiere que la presentación de la solicitud de amparo se efectuó dentro del término de seis (6) meses que la jurisprudencia constitucional ha previsto como el razonable para controvertir, a través de la acción constitucional, providencias judiciales. En este sentido, la sentencia T-031 de 2016 expresó que *"como parámetro general, en varias providencias, esta Corporación ha sostenido que ante la inexistencia de un término definido, en algunos casos se ha considerado que el plazo oportuno es de seis meses, luego de lo cual podría declararse la improcedencia de la tutela, a menos que, atendiendo a las particularidades del caso sometido a revisión, se encuentren circunstancias que justifiquen la inactividad del accionante. En esas hipótesis, por ejemplo, se ha llegado a considerar que, bajo ciertos supuestos, un término de dos años puede llegar a ser considerado razonable"*.

En este contexto, la Sala Plena del Consejo de Estado ha unificado la jurisprudencia en dos oportunidades²¹: la primera, en el sentido de admitir que debe acometerse el estudio de fondo cuando se esté en presencia de providencias judiciales que resulten violatorias de derechos fundamentales, consideración que está directamente relacionada con la relevancia constitucional, y, la segunda, para aceptar la procedencia de la acción respecto de providencias expedidas por las altas cortes y para acoger "como regla general" de inmediatez un plazo de seis meses, contados a partir de la notificación o ejecutoria de la sentencia, según el caso.

Bajo el anterior criterio jurisprudencial, la Sala considera que en el presente asunto se satisface el requisito de inmediatez pues la providencia de segunda instancia que confirmó el rechazo de la demanda, se profirió el 28 de septiembre de 2018²², se notificó por anotación en estados del 3 de octubre de 2018 y la acción de tutela se elevó el 28 de marzo de 2019, esto es, dentro de un plazo razonable.

6.5. No se argumentó la existencia de irregularidad procesal como sustento de la solicitud de amparo.

¹⁸ Magistrada Ponente Gloria Stella Ortiz Delgado.

¹⁹ CD. anexo.

²⁰ Fol. 31 vto. del presente cuaderno.

²¹ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencias de 31 de julio de 2012 y 5 de agosto de 2014, expedientes 2009-01328-01 y 2012-02201-01. M.P. Elizabeth García y Jorge Octavio Ramírez, respectivamente.

²² CD. anexo.

6.6. Claridad en los hechos y en la argumentación. Carga argumentativa mínima en las acciones de tutela contra providencias judiciales

La Corte Constitucional en sentencia C-590 de 2005, entre otros, incluyó como un requisito general el que la parte actora identifique de manera razonable tanto los hechos que generaron la decisión judicial que se cuestiona, como los derechos vulnerados y despliegue frente a ellos una carga argumentativa válida que permita al juez de tutela identificar las razones de la vulneración²³.

La acción de tutela como mecanismo de protección constitucional, permite a los solicitantes un margen de informalidad, tanto en su ejercicio, como en el despliegue argumentativo que deben realizar en el escrito introductorio, sin dejar de lado el cumplimiento de los requisitos mínimos establecidos en el Decreto 2591 de 1991²⁴.

Ahora, en las acciones de tutela contra providencias judiciales, es necesario que los demandantes desarrollen en su escrito una carga expositiva mayor, sin que implique una técnica hermenéutica específica, que exponga los motivos por los cuales la sentencia o auto vulneran los derechos fundamentales invocados²⁵.

En el presente evento, y teniendo como base los argumentos que expuso el actor en su solicitud, que esta Sala consignó en el capítulo V titulado “FUNDAMENTOS DE LA SOLICITUD” de esta providencia, se evidencia que se satisfizo el requisito al indicar con precisión el hecho generador (el rechazo) y los defectos derivados.

La Sala entonces con el fin de dar respuesta al problema jurídico abarcará en primer término el estudio del defecto sustantivo alegado, para lo cual a continuación precisa el marco normativo que regula la caducidad para el ejercicio

²³ En igual sentido en la sentencia SU-585 de 2017 la Corte precisó: “En síntesis, las causales de procedencia de la acción de tutela interpuestas contra providencias judiciales, que permiten al juez constitucional entrar a analizar de fondo el asunto se pueden sintetizar en que: (...)”

v) *El accionante cumpla con unas cargas argumentativas y explicativas mínimas, al identificar los derechos fundamentales afectados y precisar los hechos que generan la vulneración. No se trata de convertir la acción de tutela, de por sí informal, en un mecanismo ritualista, sino de exigir unas cargas procesales razonables para conciliar la protección eficaz de los derechos fundamentales, con los principios y valores en juego, al controvertir una providencia judicial. En esto, resulta fundamental que el juez interprete adecuadamente la demanda, con el fin de evitar que imprecisiones intrascendentes sean utilizadas como argumento para declarar la improcedencia del amparo, lo que contrariaría la esencia misma y rol constitucional de la acción de tutela. Cuando se trate de un defecto procedimental, el actor deberá además argumentar por qué, a su juicio, el vicio es sustancial, es decir, con incidencia en la resolución del asunto y/o afectación de los derechos fundamentales invocados. A pesar de que la tutela es una acción informal, estas exigencias argumentativas pretenden que se evidencie la transgresión de los derechos fundamentales, con suficiente claridad y se evite que el juez de tutela termine realizando un indebido control oficioso de las providencias judiciales de otros jueces. En este aspecto, resulta de vital importancia identificar la causal, o las causales de procedibilidad especial, la que de verificarse determinaría la prosperidad de la tutela contra la providencia judicial. (...)” (El Despacho subraya y resalta).*

²⁴ Artículo 14 *ibídem*: i) exponer con claridad los hechos y derechos que motiva la acción; ii) identificación del accionante y autoridad demandada; iii) Declaración juramentada de no haber interpuesto otra acción por los mismos hechos y derechos.

²⁵ Consejo de Estado. Sentencia del 5 de agosto de 2014, expediente 11001031500020150182801. Criterio que reiteró la Sección Quinta en sentencia del 15 de diciembre de 2015 “le está vedado al juez constitucional inmiscuirse en asuntos propios de la órbita de los jueces naturales de la causa, por lo tanto, el estudio debe basarse exclusivamente en los argumentos esgrimidos por los actores dentro del trámite de tutela tanto en primera como en segunda instancia, toda vez que al analizar puntos adicionales se estaría realizando, sin competencia para ello, un estudio oficioso de una providencia judicial debidamente ejecutoriada, lo cual atentaría contra los postulados de cosa juzgada y autonomía judicial y así, en últimas se convertiría el mecanismo constitucional en una tercera, e incluso, en una cuarta instancia.”

del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho en asuntos laborales.

6. Marco normativo y jurisprudencial

6.1. Régimen legal de la caducidad y las prestaciones periódicas

La caducidad es la sanción que el legislador previó para quienes acuden tardíamente a la jurisdicción y su consecuencia inmediata es la limitación del ejercicio del derecho de acción. Es un presupuesto ligado al principio de seguridad jurídica y constituye un deber que tiene que cumplir aquel que pretenda obtener el reconocimiento de un derecho o la satisfacción de un interés jurídicamente protegido.

En este orden y para acudir a la jurisdicción contenciosa administrativa, la Ley 1437 de 2011 estableció en el artículo 138 que:

“toda persona que se crea lesionada en un derecho subjetivo amparado en una norma jurídica, podrá pedir que se declare la nulidad del acto administrativo particular o expreso o presunto, y se le restablezca el derecho; también podrá solicitar que se le repare el daño. La nulidad procederá por las mismas causales establecidas en el inciso segundo del artículo anterior.

Igualmente, podrá pretenderse la nulidad del acto administrativo general y pedirse el restablecimiento del derecho directamente violado por este al particular demandante o la reparación del daño causado a dicho particular por el mismo, siempre y cuando la demanda se presente en tiempo, esto es, dentro de los cuatro (4) meses siguientes a la publicación. Si existe un acto intermedio, de ejecución cumplimiento del acto general, el término anterior se contará a partir de la notificación de aquel”.

Así pues, en principio, cualquier reclamación sobre la legalidad de un acto administrativo que ha definido una situación jurídica, solamente puede elevarse dentro de los cuatro meses siguientes a la notificación. Sin embargo, el mismo CPACA prevé ciertos eventos en que no opera la caducidad, como establece el artículo 164:

“Oportunidad para presentar la demanda. La demanda deberá ser presentada:

1. En cualquier tiempo, cuando:

a) Se pretenda la nulidad en los términos del artículo 137 de este Código;

b) El objeto del litigio lo constituyan bienes estatales imprescriptibles e inenajenables;

c) **Se dirija contra actos que reconozcan o nieguen total o parcialmente prestaciones periódicas.** Sin embargo, no habrá lugar a recuperar las prestaciones pagadas a particulares de buena fe.

2. En los siguientes términos, so pena de que opere la caducidad:

d) Cuando se pretenda la nulidad y restablecimiento del derecho, la demanda deberá presentarse dentro de los cuatro (4) meses contados a partir del día siguiente al de la comunicación, notificación, ejecución o publicación, del acto administrativo, según el caso, salvo las excepciones establecidas en otras disposiciones legales (...)

Uno de los eventos de prestaciones periódicas a los que se refiere el literal c) del numeral 1 del artículo 164 es el del pago del salario, el cual es aquella suma de dinero que se recibe como contraprestación en una relación laboral, cuyo fin es el de atender las necesidades del trabajador y cubrir los riesgos y las contingencias

que se puedan presentar en cumplimiento de la labor. Finalizado el vínculo laboral, esta connotación de periódica pierde su razón de ser y por tanto desaparece.

En este orden y como el salario es la suma que el trabajador recibe de manera mensual, quincenal o semanal, como retribución de sus servicios, es una prestación periódica que puede reclamarse en cualquier tiempo mientras dure la relación laboral de la cual deriva su pago. Pero al término de dicha relación laboral este derecho económico se convierte en una prestación definitiva, que hace susceptible de caducidad los actos que niegan su reconocimiento o que lo reconocen parcialmente.

Así lo precisó el Consejo de Estado en reciente pronunciamiento:

[...] [A]l producirse la desvinculación del servicio, se hace un reconocimiento de prestaciones definitivas y, en tal medida, las prestaciones o reconocimientos salariales que periódicamente se reconocían y pagaban, bien sea mensual, trimestral, semestral, anual o quinquenalmente, dejan de tener el carácter de periódicos, pues ya se ha expedido un acto de reconocimiento definitivo, al momento de finiquitar la relación laboral [...]²⁶.

En este escenario también se ubican los pagos derivados del derecho pensional por vejez, los cuales si bien tienen razón en la cesación laboral; son pagos periódicos en todo el sentido al responder al criterio de periodicidad y en tal virtud los actos administrativos que las reconocen o que deciden una reliquidación, no están sujetos a caducidad alguna y por lo tanto pueden ser demandados en cualquier tiempo. Valga aclarar que la asignación de retiro ostenta la naturaleza de pensión de vejez y por ello, los actos que deciden algún aspecto relacionado con este derecho no quedan sujetos al término de caducidad.

Esta naturaleza pensional se la ha otorgado a la asignación de retiro no solo la Corte Constitucional sino también el Consejo de Estado, en distintos pronunciamientos, valga citar la sentencia C-432 de 2004²⁷ en la cual la Corte al efectuar el estudio de constitucionalidad de algunas normas del Decreto 2070 de 2003²⁸ y en el que uno de los cargos giró en torno a que la asignación de retiro no tenía naturaleza prestacional, precisó *“que la asignación de retiro es una modalidad de prestación social que se asimila a la pensión de vejez y goza de un cierto grado de especialidad (en cuanto a requisitos), atendiendo a la naturaleza especial del servicio y las funciones que cumplen los servidores públicos a quienes se les reconoce”*.

7. Análisis del defecto sustantivo alegado

Esta situación pone de presente que el examen de caducidad puede realizarse sobre dos objetos distintos. De una parte, sobre los actos administrativos que definen sobre la reliquidación del salario en sí mismo, y de otra parte, sobre los actos administrativo que, con base en el salario definen el cálculo de la asignación de retiro.

En concreto, los autos objeto de revisión plantearon el siguiente problema jurídico:

²⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 13 de febrero de 2014, expediente 1174-2012. En el mismo sentido puede verse la sentencia del 27 de noviembre de 2017, expediente 0381-2015.

²⁷ Ponente. Rodrigo Escobar Gil.

²⁸ *“Por medio del cual se reforma el régimen pensional propio de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional”*.

El Juzgado Primero Administrativo Oral de Cali:

“si el reajuste salarial solicitado por el actor es una prestación periódica, aun cuando el retiro del servicio con baja efectiva en el cargo de sargento mayor del ejército se produjo el 14 de noviembre de 2000 por influir directamente sobre la asignación de retiro”.

El juez decidió rechazar la demanda porque el reajuste salarial que solicitó el demandante con fundamento en el IPC fue negado por acto administrativo que se notificó al actor el 11 de mayo de 2017 y la demanda se presentó el 28 de septiembre de 2017, cuando estaba más que superado el término de los cuatro (4) meses. Y agregó el juez:

*“[...]no es posible “continuar el proceso con respecto al acto administrativo proferido por **CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES CREMIL** y que corresponde al oficio No. 690 de fecha 5 de mayo de 2017 que le negó al señor **FERNANDO OLEGARIO MUNEVAR MUNEVAR** el reajuste de la asignación de retiro, esta juzgadora observa que en la forma como se planeó la demanda el restablecimiento del derecho que se solicita por la nulidad del segundo acto administrativo se encuentra íntimamente ligado a la prosperidad de la nulidad del primero, de modo que la reliquidación de la asignación de retiro se daría como consecuencia **sine quanon del reajuste salarial**.*

*Así pues aun cuando es diáfano que las pretensiones referentes al reajuste de la asignación de retiro pueden ser discutidas en cualquier momento, pues tratándose de prestaciones periódicas según las voces del artículo 164 numeral 1 literal c del CPACA, la demanda podía presentarse en cualquier tiempo, al precisarse en la pretensión de la demanda que esta debe ser reliquidada “teniendo en cuenta el reajuste del **EJÉRCITO NACIONAL** al sueldo básico”, no es viable continuar con el trámite del proceso procediendo entonces a su rechazo total”.*

El Tribunal Administrativo del Valle del Cauca como juez de segunda instancia planteó el siguiente problema jurídico:

“si debe revocarse el auto que rechazó la demanda por caducidad, toda vez que, según el recurrente, lo pretendido era la reliquidación de la asignación básica y la asignación de retiro, frente a las cuales, por tener la connotación de prestaciones periódicas, no opera la caducidad”.

Para dar respuesta al anterior planteamiento, el tribunal indicó que no le asiste razón a la parte demandante pues, para efectos de aplicabilidad o no de la caducidad, en asuntos de carácter laboral, debe diferenciarse entre la prestación periódica que constituye asignación básica (salario) de la prestación periódica denominada asignación de retiro (pensión). En ese sentido, reafirmó que, cuando se habla de la asignación básica mensual (salario), esta conserva la cualidad de periódica siempre y cuando el vínculo laboral se mantenga vigente y, en esa medida, de conformidad con lo señalado por el máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo, no opera la caducidad.

“[...]contrario a lo afirmado en la apelación, tanto en la demanda como en la solicitud realizada al Ministerio de Defensa , el señor Fernando Munevar pidió “la reliquidación y reajuste de los sueldos básicos” que devengó durante el período comprendido entre los años 1997 a 2004, petición que, como se indicó, fue reiterada en la demanda, de la siguiente forma “realizar la reliquidación de los sueldos básicos que mi mandante devengó durante el período comprendido entre los años

1997 hasta la fecha que se produjo su retiro del Ejército nacional, por lo que para la Sala no es de recibo el argumento de que lo realmente pretendido “era efectuar la corrección de la hoja de servicios”.

Así las cosas, el demandante, desde la actuación desplegada en sede administrativa, definió las pretensiones que posteriormente reclamaría en sede judicial, por lo que no puede pretender, mediante el recurso de apelación, alegar una nueva situación que no fue discutida ante la autoridad administrativa, ni ante el juez de primera instancia.

Por último, frente al argumento desarrollado por la parte demandante, respecto del error en el que incurrió el a quo al determinar la imposibilidad de dar continuidad parcial al proceso con la segunda pretensión de la demanda, pues, a juicio del actor, las pretensiones se plantearon de forma autónoma y separada, es preciso señalar lo siguiente:

Las pretensiones del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, si bien se realizaron de forma separada y contra dos entidades diferentes, para la prosperidad de la segunda es necesario la prosperidad de la primera, es decir, que la reliquidación de la asignación de retiro pretendida mediante la nulidad del segundo acto administrativo, se daría, siempre y cuando se realice el reajuste salarial solicitado con la nulidad del oficio No. 20173170758191 proferido por el Ministerio de Defensa Nacional.

(...)

Así las cosas, esta Sala comparte la decisión adoptada por el Juzgado Primero Administrativo de Cali al rechazar la demanda, en tanto que: frente a la primera pretensión, operó el fenómeno de la caducidad y, frente a la segunda, no era posible continuar el trámite del proceso, debido a que las dos pretensiones están estrechamente ligadas entre sí”.

Como se observa, los jueces de instancia se basaron en que el contenido normativo descrito en el artículo 164 de la Ley 1437 de 2011, fijó como término perentorio para demandar un acto administrativo de contenido particular, el de cuatro meses contados a partir de la notificación de dicho acto, lo cual aplicaba para el caso porque el peticionario reclamó el reajuste cuando su vínculo laboral no se encontraba vigente y por tanto había perdido su naturaleza de prestación periódica.

Adicional a lo anterior el tribunal condenó en costas al apelante.

A su turno el accionante cuando presentó la solicitud de amparo manifestó que el juez interpretó de manera equivocada los artículos 45 y 164 numeral 1º literal f) de la Ley 1437 de 2011 por cuanto su demanda si bien se dirigió contra el acto administrativo que le negó la reliquidación de su salario, ello obedeció a que este presupuesto era necesario para obtener la corrección de su hoja de servicios y el consecuente reajuste de su asignación de retiro.

Sobre el primer asunto esta Sala teniendo en cuenta las reglas de caducidad que consagra el artículo 164 de la Ley 1437 de 2011 citada en precedencia, concluye que el defecto sustantivo que se le atribuye a las providencias de primera y segunda instancia cuestionadas en sede de tutela, no se configuró frente a la decisión de rechazo del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho que se dirigió contra el acto que expidió el Ministerio de Defensa—Ejército Nacional y que le negó el reajuste salarial por el período 1997 a 2004.

Lo anterior porque tal y como ya se precisó, el acto que le negó el reajuste salarial

estaba sujeto al término de caducidad que prevé el artículo 164 del C.P.A.C.A., en razón a la terminación del vínculo laboral con derecho a asignación de retiro.

Para la Sala entonces, la decisión de rechazo del medio de control por caducidad del acto administrativo que se viene comentando, no incurrió en el defecto que se le atribuyó. Esta decisión se motivó válidamente, no desconoció precedente alguno, por el contrario, se soportó en el criterio que sobre este preciso punto fijó el Consejo de Estado en distintas providencias²⁹.

Por las anteriores razones tampoco se incurrió en violación directa de la Constitución, por el contrario, se garantizó el derecho de acceso a la administración de justicia que en todo caso está ligado al respeto del derecho al debido proceso y a las normas que establecen presupuestos procesales, como el de la caducidad.

Ahora bien, como las decisiones cuestionadas en sede de tutela rechazaron la demanda en su totalidad sin tener en cuenta que el otro acto demandado, esto es, el oficio núm. 690 suscrito por el Subdirector Administrativo de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares resolvió de manera negativa la petición de reajuste de la asignación de retiro, que, como ya se precisó, se asimila a una pensión de vejez o de jubilación, y no está sujeto al término de caducidad y en consecuencia puede ser demandado en cualquier tiempo.

De esta manera, la decisión de los jueces de instancia no se acompasa con el mandato del artículo 164 que establece que los *“actos que reconocen o niegan prestaciones periódicas no caducan”*. Se encuentra entonces configurado el defecto sustantivo alegado, máxime cuando los mismos jueces están reconociendo esta condición especial del acto demandado y aun así deciden rechazar la demanda con un argumento que no se compadece con el estudio de los requisitos formales de toda demanda y del cumplimiento de los presupuestos procesales del medio de control que ejerció el hoy actor en tutela.

En efecto, si bien la reliquidación de la asignación de retiro estaría ligada al resultado del derecho o no al reajuste salarial que solicitó Fernando Munevar Munevar ante la entidad pagadora por los años 1997 a 2004 y que devengó en actividad, el argumento relativo a que *“para la prosperidad de la segunda pretensión³⁰ es necesario la prosperidad de la primera³¹, es decir, que la reliquidación de la asignación de retiro pretendida mediante la nulidad del segundo acto administrativo, se daría, siempre y cuando se realice el reajuste salarial solicitado con la nulidad del oficio ...proferido por el Ministerio de Defensa Nacional”*, su reclamación va dirigida a la reliquidación pensional, no al cobro de tales incrementos.

Esto, porque el planteamiento sobre los salarios debió ser resuelto por el juez de legalidad del acto que fijó el monto, por lo que la acción para reclamarlo si está sujeta a caducidad. En cambio, los jueces debieron atender que se estaba demandado un acto que negó la reliquidación de la asignación de retiro el cual no está sometido al término de caducidad y por ello debieron proceder a admitir la demanda, pues de otra manera se está limitando el acceso a la administración de justicia tal y como lo afirmó el actor en la solicitud de tutela.

²⁹ Sección Segunda—Subsección A. Sentencias del 12 de abril de 2018. C.P. Rafael Francisco Suárez Vargas. Radicación número: 05001-12-33-000-2015-02110-01(1570-16) y Radicación número: 66001-23-33-000-2014-00098-01(0837-15).

³⁰ Reliquidación de la asignación de retiro.

³¹ Reajuste salarial por los años 1997 a 2004.

Procede entonces el amparo constitucional y en tal virtud se dejarán parcialmente sin efectos las providencias del Tribunal Administrativo del Valle del Cauca—Sala de Oralidad del 28 de septiembre de 2018 y del Juzgado Primero Administrativo Oral del Circuito de Cali, del 20 de noviembre de 2017. Y se ordenará al Juzgado Primero Administrativo Oral del Circuito de Cali, que previa verificación del cumplimiento de los requisitos formales de toda demanda, proceda a decidir sobre la admisión del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho que presentó Fernando Munevar Munevar contra la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares.

Finalmente y ante la verificación del defecto sustantivo alegado, la condena en costas que impuso el tribunal al resolver el recurso de apelación, también debe revocarse, pues el recurso debía prosperar en forma parcial.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

Primero: AMPARAR el derecho fundamental de acceso a la administración de justicia de Fernando Munevar Munevar vulnerado por el Juzgado Primero Administrativo de Cali y por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, al rechazar la demanda que en ejercicio del medio de control se presentó contra la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares.

Segundo: DEJAR sin efecto las providencias del Tribunal Administrativo del Valle del Cauca—Sala de Oralidad del 28 de septiembre de 2018 y del Juzgado Primero Administrativo Oral del Circuito de Cali, del 20 de noviembre de 2017, en cuanto rechazaron la demanda que presentó Fernando Munevar Munevar contra la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares y en la que se solicitó la nulidad del oficio núm. 060 del 5 de mayo de 2017 que le negó el reajuste de su asignación de retiro; y que condenó en costas al recurrente.

Tercero: ORDENAR al Juzgado Primero Administrativo de Cali que en el término de cuarenta (40) días siguientes a la notificación del presente fallo, profiera una nueva providencia ateniendo los parámetros aquí expuestos.

Cuarto: NOTIFICAR a las partes e intervinientes en la forma prevista en el artículo 30 del Decreto Ley 2591 de 1991.

Quinto: REMITIR la presente providencia, si no fuere recurrida, a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Notifíquese y cúmplase

JAIME ENRIQUE RODRÍGUEZ NAVAS
Presidente de Sala

GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE
CORRALES

Magistrado
Salvamento de voto.

NICOLÁS YEPES

Magistrado

Sejv/.