



**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN CUARTA**

CONSEJERO PONENTE: JULIO ROBERTO PIZA RODRÍGUEZ

Bogotá D.C., veintidós (22) de julio de dos mil veintiuno (2021)

Referencia: ACCIÓN DE TUTELA
Radicación: 11001-03-15-000-2021-03688-00
Demandante: ESIFREDO CAICEDO CAICEDO
Demandado: TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA, SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN B

Temas: Contra providencia judicial que declaró prescripción trienal del subsidio familiar reconocido. Defectos sustantivo y desconocimiento de precedente judicial. Falta de relevancia constitucional.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

La Sala decide la acción de tutela interpuesta por el señor Esifredo Caicedo Caicedo contra el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección B.

ANTECEDENTES

1. Pretensiones

1.1. En ejercicio de la acción de tutela, mediante apoderado judicial, el señor Esifredo Caicedo Caicedo pidió la protección de los derechos fundamentales al debido proceso, a la igualdad y de acceso a la administración de justicia, así como los principios de prevalencia del derecho sustancial y de seguridad jurídica, que estimó vulnerados por la sentencia del 3 de diciembre de 2020, dictada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección B. En concreto, formuló las siguientes pretensiones:

1. Que se TUTELEN los derechos fundamentales invocados y que están siendo vulnerados por el H. Tribunal Administrativo de Cundinamarca, al proferir la sentencia de fecha 3 de diciembre de 2020 al declarar la prescripción de derechos reclamados anteriores al 5 de julio de 2015.
2. Que como consecuencia de la tutela de los derechos fundamentales invocados se declare la NULIDAD PARCIAL de la sentencia en mención, y le ordene a la autoridad judicial accionada, Subsección B de la Sección segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, a que profiera nueva sentencia en la cual se declare que sobre el caso en concreto no ha operado el fenómeno de la prescripción.
3. Con base en lo anterior, se le ordene a la Subsección B de la Sección segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca a que ordene que el reconocimiento y reajuste del subsidio familiar bajo los términos del artículo 11 del decreto 1794 del 2000 debe operar desde el 27 de julio de 2010 hasta la fecha en que se efectúe el retiro de la institución del accionante.
4. Que se advierta a las Entidades tuteladas, sobre las consecuencias que conlleva el incumplimiento de la providencia que su Despacho profiera.

2. Hechos

Del expediente, la Sala destaca los siguientes hechos relevantes:

2.1. El señor Esifredo Caicedo Caicedo labora como soldado profesional en el Ejército Nacional desde el 16 de abril de 2003.



2.2. El demandante solicitó al Ministerio de Defensa Nacional el reconocimiento del subsidio familiar, con fundamento en el Decreto 1797 de 2000, pero fue denegado por no aportar el registro civil de matrimonio.

2.3. El Gobierno Nacional profirió el Decreto 3770 del 2009, con el que eliminó el subsidio familiar establecido en el artículo 11 del Decreto 1794 del 2000. Luego, dicho beneficio fue regulado nuevamente por el Decreto 1161 de 2014.

2.4. El 27 de julio de 2010 el señor Caicedo Caicedo contrajo matrimonio con Andrea Derly Campos Muelas. Fruto de esta unión nacieron José Manuel, Alexander y Diana Caicedo Campos.

2.5. El demandante solicitó nuevamente el reconocimiento del subsidio familiar y el 24 de julio de 2014. Esta vez, el Ministerio de Defensa Nacional accedió al reconocimiento en los términos del Decreto 1161 del 2014.

2.6. Por sentencia del 8 de junio del 2017, el Consejo de Estado declaró la nulidad del Decreto 3770 del 2009 con efectos *ex tunc*. De modo que nuevamente quedó vigente el Decreto 1797 de 2000. En razón de dicha circunstancia, el 5 de julio de 2018, el señor Esifredo Caicedo Caicedo solicitó, entre otras cosas, el reconocimiento y reajuste del subsidio familiar conforme con el Decreto 1797.

2.7. Por Oficio No 2018311-2221331 MDN-CGFM-COEJC-SECEJ-JEMGF-COPER-DIPER-1.10 del 14 de noviembre de 2018, la Dirección de Personal del Ejército Nacional negó el reconocimiento y reajuste del subsidio familiar.

2.8. El señor Esifredo Caicedo Caicedo presentó demanda de nulidad y restablecimiento del derecho contra el oficio No. 2018311-2221331 y, a título de restablecimiento del derecho, solicitó que se reconociera y ordenara el pago del subsidio familiar, desde el 3 de enero del 2005, con fundamento en el Decreto 1794 de 2000.

2.9. La demanda correspondió al Juzgado 22 Administrativo de Bogotá, que, por sentencia del 28 de octubre de 2019, accedió a las pretensiones. En concreto, ordenó reliquidar el subsidio familiar que venía percibiendo el señor Caicedo Caicedo, con fundamento en el artículo 11 del Decreto 1794 del 2000, esto es, equivalente al 4% del salario mensual más el 100 % de la prima de antigüedad desde el 5 de julio de 2014, por prescripción cuatrienal.

2.10. El señor Esifredo Caicedo Caicedo presentó recurso de apelación contra la anterior decisión, respecto de la prescripción cuatrienal decretada, pues, a su juicio, no se debía declarar en razón de los efectos *ex tunc* dispuestos en la sentencia del Consejo de Estado del 8 de junio de 2017.

2.11. El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección B, por sentencia del 3 de diciembre de 2020, confirmó la decisión en cuanto al reajuste del subsidio familiar, pero modificó lo relacionado con la prescripción. En concreto, concluyó que debía aplicarse la prescripción trienal establecida en el Decreto 4433 de 2004 -norma vigente para la época de los hechos- y, por tanto, determinó que “operó la prescripción trienal extintiva de todos los derechos previos al 5 de julio de 2015”.

3. Argumentos de la acción de tutela

3.1. El señor Esifredo Caicedo Caicedo, de manera preliminar, manifestó que la solicitud de amparo cumple los requisitos generales para la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales.



3.2. En cuanto al fondo del asunto, el actor manifestó que la sentencia del 3 de diciembre de 2020, dictada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección B, vulneró los derechos fundamentales al debido proceso, a la igualdad y al acceso a la administración de justicia, por las siguientes razones:

3.2.1. Que la providencia acusada incurrió en **defecto sustantivo** al aplicar la figura de la prescripción al caso del demandante sin tener en cuenta que, con ocasión de la nulidad del Decreto 3770 del 2009 y los efectos *ex tunc* dispuestos en la sentencia de nulidad, las cosas volvieron al estado anterior y que, por lo tanto, el derecho que tenía el señor Caicedo Caicedo al subsidio familiar del Decreto 1794 del 2000 nació con la ejecutoria de la sentencia de nulidad y, por lo tanto, el pago de dicha prestación debió ordenarse desde la fecha en que el demandante contrajo matrimonio.

3.2.2. Que también incurrió en **desconocimiento del precedente** al no tener en cuenta la jurisprudencia del Consejo de Estado, que, de manera pacífica, ha expuesto cómo opera la prescripción de derechos cuando se declara la nulidad de un acto con efectos *ex tunc*. Para el efecto, citó, entre otras: (i) sentencia del 1° de junio del 2001 (Exp. 2500232500019980318400), en el que se debatió la inclusión de la prima de actualización en la asignación de retiro de los militares y los efectos *ex tunc* para el reconocimiento de dicha prestación; (ii) sentencia del 4 de octubre de 2007 (exp. 25000232500020050423001), en la que se aplicó los efectos *ex tunc* para el reconocimiento de la prima de actualización, y (iii) sentencia del 21 de abril de 2016 (exp. 05001233100020030122001) en la cual se debatió la inclusión de la prima especial de servicios como factor salarial de los servidores de la Fiscalía General de la Nación.

4. Trámite procesal

4.1. Por auto del 18 de junio de 2021, el Despacho Sustanciador admitió la demanda de tutela y, entre otras cosas, ordenó notificar, en calidad de demandados, a los magistrados del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección B y, como tercero con interés, al Ministro de Defensa Nacional.

4.2. En cumplimiento de la anterior orden, la Secretaría de esta Corporación practicó las notificaciones correspondientes por correos electrónicos enviados el 28 de junio de 2021, tal y como consta en los índices 7 y 8 de Samai.

5. Intervenciones

5.1. El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección B, y el Ministro de Defensa Nacional no intervinieron, pese a que, como se vio, fueron notificados de la admisión de la demanda de tutela.

CONSIDERACIONES

1. De la acción de tutela contra providencias judiciales

1.1. A partir del año 2012¹, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de esta Corporación aceptó la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales. De hecho, en la sentencia de unificación del 5 de agosto de 2014², se precisó que la acción de tutela, incluso, es procedente para cuestionar providencias judiciales dictadas por el Consejo de Estado, pues, de conformidad con el artículo 86 de la Constitución Política, ese mecanismo puede ejercerse contra cualquier autoridad pública.

1.2. Para tal efecto, el juez de tutela debe verificar el cumplimiento de los requisitos generales (procesales o de procedibilidad) que fijó la Corte Constitucional, en la

¹ Ver sentencia del 31 de julio de 2012.

² Expediente (IJ) 11001-03-15-000-2012-02201-01.



sentencia C-590 de 2005. Esto es, la relevancia constitucional, el agotamiento de los medios ordinarios de defensa, la inmediatez y que no se esté cuestionando una sentencia de tutela.

1.3. Una vez la acción de tutela supere el estudio de las causales procesales, el juez puede conceder la protección, siempre que advierta la presencia de alguno de los siguientes defectos o vicios de fondo, que miran más hacia la prosperidad de la tutela: **(i)** defecto sustantivo, **(ii)** defecto fáctico, **(iii)** defecto procedimental absoluto, **(iv)** defecto orgánico, **(v)** error inducido, **(vi)** decisión sin motivación, **(vii)** desconocimiento del precedente y **(viii)** violación directa de la Constitución.

1.4. Las causales específicas que ha decantado la Corte Constitucional (y que han venido aplicando la mayoría de las autoridades judiciales) buscan que la tutela no se convierta en una instancia adicional para que las partes reabran discusiones jurídicas que son propias de los procesos ordinarios o expongan los argumentos que, por negligencia o decisión propia, dejaron de proponer oportunamente.

1.5. Ahora, tratándose de tutela contra providencias judiciales proferidas por el Consejo de Estado o por la Corte Suprema de Justicia, cuando ejercen funciones de órganos de cierre en las respectivas jurisdicciones, la Corte Constitucional ha establecido un requisito adicional, consistente en «*la configuración de una anomalía de tal entidad que exija la imperiosa intervención del juez constitucional*»³.

2. Planteamiento y solución del problema jurídico

2.1. Previo a cualquier consideración sobre el fondo del asunto, la Sala verificará si la tutela cumple el requisito de relevancia constitucional. De encontrarse cumplido ese requisito, será estudiado el fondo del asunto, en los términos propuestos en la demanda de tutela.

2.2. El requisito de **relevancia constitucional** tiene como finalidad proteger la autonomía e independencia judicial y evitar que el juez de tutela se inmiscuya en asuntos que le corresponde resolver a otras jurisdicciones.

2.2.1. En ese sentido, la Corte Constitucional⁴ ha señalado que la relevancia constitucional tiene tres finalidades: (i) preservar la competencia y la independencia de los jueces de las jurisdicciones diferentes a la constitucional y, por tanto, evitar que la acción de tutela se utilice para discutir asuntos de mera legalidad; (ii) restringir el ejercicio de la acción de tutela a cuestiones de relevancia constitucional que afecten los derechos fundamentales, e (iii) impedir que la acción de tutela se convierta en una instancia o recurso adicional para controvertir las decisiones de los jueces.

2.2.2. De acuerdo con los anteriores criterios y con los expuestos por la Sala Plena del Consejo de Estado en sentencia de unificación del 5 de agosto de 2014⁵, para que un asunto goce de relevancia constitucional deben verificarse los siguientes elementos:

(i) Que el asunto objeto de estudio realmente involucre la amenaza o vulneración de derechos fundamentales. En principio, la acción de tutela no puede utilizarse para plantear situaciones inexistentes o para discutir asuntos eminentemente económicos o de mera legalidad, pues ese tipo de discusiones se alejan del objeto de la acción de tutela.

³ SU-573 de 2017.

⁴ Al respecto, ver sentencias C-590 de 2005, T-335 de 2000, T-102 de 2006, T-1044 de 2007, T-658 de 2008, T-505 de 2009, T-610 de 2009, T-896 de 2010, T-040 de 2011, T-338 de 2012, T-512 de 2012, T-543 de 2012, T-1061 de 2012, T-931 de 2013, T-182 de 2014 y T-406 de 2014.

⁵ Sentencia del 5 de agosto de 2014 proferida por la Sala Plena del Consejo de Estado. Radicado número: 11001 03 15 000 2012 02201 01 (IJ). Actor: Alpina Productos Alimenticios S.A. Consejero Ponente: Jorge Octavio Ramírez Ramírez.



(ii) Que el interesado argumente de manera suficiente y razonable la relevancia constitucional por vulneración de derechos fundamentales. Debe tenerse en cuenta, para el efecto, que «*no basta, entonces, aducir la vulneración de derechos fundamentales para cumplir este requisito de procedibilidad de la tutela contra providencias judiciales*»⁶. Es necesario que el interesado exponga de manera clara las razones por las que considera que la providencia judicial amenaza o vulnera los derechos fundamentales.

(iii) Que los argumentos de la solicitud de amparo se acompañen con las razones de la decisión objeto de tutela. La discusión propuesta en la demanda de tutela debe referirse a las razones fundamentales de la decisión cuestionada, deben tener relación con la *ratio decidendi*. De modo que pueda abordarse el estudio con una expectativa de incidencia en el sentido de la propia decisión cuestionada.

(iv) Que no se propongan nuevos argumentos que no fueron expuestos en el proceso ordinario. La acción de tutela contra providencias judiciales no está concebida como un mecanismo que permita a las partes adicionar, completar o modificar los argumentos que dejaron de plantearse o proponerse ante el juez natural.

(v) Que la acción de tutela no se convierta en una instancia adicional del proceso ordinario en el que fue proferida la providencia acusada. Por más informal que sea la tutela, y aunque sus objetivos sean la salvaguarda de derechos fundamentales, el interesado está en la obligación de interponer la demanda con serios y fuertes argumentos para derribar las decisiones de los jueces, que se dictan previo agotamiento de los procedimientos reglados y conforme con una sólida razonabilidad. Es decir, no se trata de controvertir las decisiones de los jueces como si fuera una instancia adicional del proceso ordinario. Justamente por eso no se debe insistir en los argumentos que se ofrecieron en el proceso ordinario, pues ya fueron decididos por los jueces competentes.

2.2.3. En el caso concreto, la Sala advierte que, en la demanda de tutela, el señor Esifredo Caicedo Caicedo reiteró los argumentos que propuso en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho que promovió contra el Ministerio de Defensa Nacional.

2.2.4. Si bien el demandante alega que la providencia objeto de tutela vulneró derechos fundamentales e incurrió en defecto sustantivo y desconocimiento del precedente judicial, lo cierto es que, en últimas, lo que pretende es que se reabra el debate respecto a si se debía o no aplicar el fenómeno de la prescripción para el pago del reajuste al subsidio familiar reconocido en la sentencia. Veamos.

a. De la aplicación de la prescripción en el caso del reajuste del subsidio familiar.

2.2.4.1. En la providencia cuestionada, al resumirse el recurso de apelación, el tribunal expuso:

(...)

Es de suma importancia afirmar que el demandante contrajo matrimonio el 27 de julio del 2010, por lo cual a simple vista es evidente que el demandante contrajo matrimonio en vigencia del decreto 3770 del 2009.

Conforme lo anterior es lógico afirmar que para la fecha que el demandante contrajo matrimonio, no se le iba a reconocer el subsidio familiar, pues, para el 27 de julio del 2010 el decreto que regulaba lo relacionado con esta partida era el 3770 del 2009, sin embargo, la decisión del fallador de primer grado es parcialmente acertada, pues este accedió a reajustar el subsidio familiar luego

⁶ Ibidem.



de realizar un análisis normativo y jurisprudencial posicionando la sentencia que declaró con efectos ex-tunc la nulidad del decreto 3770 del 2009, sin embargo ordena aplicar un término prescriptivo que para el presente caso no se puede imponer, ya que el demandante no dejó de reclamar ni abandonó sus derechos, sino que por una acción legislativa, le fue imposible reclamar ante el Ministerio de Defensa Nacional el reconocimiento del Subsidio Familiar, pues cuando este contrajo matrimonio, el documento con el cual se demostraba su cambio de estado civil no fue recibido por parte de la entidad, pues verbalmente se le manifestó que el subsidio familiar había sido suprimido.
(...)

Es decir que el decreto 3770 del 2009 desapareció de nuestro ordenamiento jurídico desde su origen, desde el 2009 y en consecuencia para la fecha en que el demandante contrajo matrimonio estaría vigente el artículo 11 del decreto 1794 del 2000 y sin mayor problema en el 2011 hubiese podido solicitar el reconocimiento de esa partida.

Conforme a todo lo expuesto el reconocimiento del subsidio familiar se debe ordenar desde el 27 de julio del 2010, hasta el 30 de septiembre del 2014, para que posteriormente y hasta la fecha de ordene el reajuste ordenado en primera instancia, es decir se complete el porcentaje pagado en un 37,5%, para completar la cuantía establecida en el artículo 11 del decreto 1794 del 2000, esto es el 62,5% del sueldo básico.
(...)

2.2.4.2. Por su parte, en la demanda de tutela, el señor Caicedo Caicedo manifestó lo siguiente:

La discusión actual no se circunscribe a que término de prescripción se debe aplicar al reconocimiento solicitado, si el trienal o cuatrienal, sino que las autoridades judiciales falladoras están aplicando la prescripción de derechos aun cuando esta no se ha configurado. Se debe recordar que la deprecada nulidad del decreto 3770 del 2009 fue declarada con efectos ex tunc, es decir que fue declarada desde su origen o desde siempre, tal como fue expresado en la providencia de fecha 8 de septiembre de 2017, mediante la cual el H. Consejo de Estado negó las solicitudes de aclaración y adición presentadas por las demandadas dentro de la demanda de nulidad simple, toda vez que están pretendían se matizara y aclarara los efectos « ex tunc » bajo los cuales se declaró la nulidad del prenombrado decreto. Frente a lo anterior la máxima Corporación indicó:

"es claro que la nulidad de un acto administrativo produce efectos ex tunc, es decir, se retrotrae la actuación desde el momento en que se profirió el acto administrativo anulado, por consiguiente, queda la situación jurídica en el estado en que se encontraban antes de la expedición de dicho acto. Por lo tanto, si se declara la nulidad de un acto administrativo que había derogado o revocado otro acto administrativo, la consecuencia es que el acto revocado o derogado cobra nuevamente vigencia, incluida su presunción de legalidad".

Es claro entonces y no hace parte de la discusión que con la sentencia proferida el 8 de junio del 2017 operó la reviviscencia del artículo 11 del decreto 1794 del 2000, y por lo tanto a partir de la fecha de ejecutoria de la providencia es que surgió el derecho para el accionante de solicitar el reconocimiento del subsidio familiar bajo el amparo de la norma ibídem. Entonces es a partir de la fecha de ejecutoria de la Sentencia que se habilita la opción para iniciar la reclamación, pues antes del pronunciamiento del Consejo de Estado no había siquiera la más mínima posibilidad que se reconociera el subsidio familiar en la cuantía señalada en el artículo 11 del decreto 1794 del 2000.

Por lo tanto, el estudio del fenómeno de la prescripción está ligado a varios aspectos que deben ser tenidos en cuenta al momento de determinar si los derechos se encuentran afectados por esta institución. i) hecho generador del reclamo, es decir que fue solo con la sentencia del 8 de junio del 2017 y la providencia del 8 de septiembre de 2017 que resolvió las solicitudes de aclaración y adición, que los soldados profesionales tuvieron certeza del derecho que les asistía a solicitar el reconocimiento del subsidio familiar según los términos del artículo 11 del decreto 1794 del 2000; ii) interrupción de la prescripción, relativo al tiempo transcurrido entre la fecha en que se tiene certeza del derecho y la fecha en que se peticona el derecho ante la entidad, es de recordar que con la presentación de la petición se interrumpe el termino de prescripción; iii) constatar que entre la ejecutoría de la sentencia y la fecha de la presentación de la petición no trascurrió el término legal establecido para la prescripción de derechos, que para el caso de soldados profesionales se toma en cuenta el termino cuatrienal señalado en el artículo 17 del decreto 1211 de 1990.
(...)

2.2.4.3 Como se ve, el demandante formuló inconformidades que coinciden con las que expuso en el recurso de apelación que presentó contra la sentencia de primera instancia, que accedió a la reliquidación y pago del subsidio familiar de que trata el Decreto 1794 de 2000, pero declaró la prescripción trienal del derecho. Evidentemente la tutela busca revivir la discusión jurídica respecto a si se debía aplicar el aludido fenómeno al



reconocimiento de la prestación solicitada, asunto que ya fue resuelto por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección B, en la providencia del 3 de diciembre de 2020, que, en lo que interesa, consideró:

Ahora bien, en relación al régimen normativo en lo relativo a la prescripción extintiva del derecho, la Sala adopta la postura aclaratoria del Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda en providencia con calenda diez (10) de octubre de dos mil diecinueve (2019) con referencia N° 85001-33-33-002-2013-00237-01 (1701-2016), sobre la sentencia de unificación con data del veinticinco (25) de abril de dos mil diecinueve (2019) sobre la liquidación de la asignación de retiro de los soldados profesionales, que sobre este aspecto, dispone:

"(...)

Para el efecto, es importante anotar que, por una parte, de acuerdo con el contenido en el aludido artículo 43 del Decreto 4433 de 2004 el término de prescripción de las mesadas de las prestaciones de los miembros de la Fuerza Pública es de tres años, y por otra, también es cierto que la jurisprudencia ha venido inaplicando dicha disposición, tal y como lo hizo la sentencia de unificación del 25 de agosto de 2016, citada en la providencia cuya aclaración se pide, en la cual, en relación con el derecho del reajuste salarial de los soldados voluntarios incorporados como profesionales, se fijó, entre otras, la siguiente regla:

«Cuarto. La presente sentencia no es constitutiva del derecho a reclamar el reajuste salarial y prestacional del 20% respecto del cual se unifica la jurisprudencia en esta oportunidad; por lo que el trámite de dicha reclamación, tanto en sede gubernativa como judicial, deberá atenerse a las reglas que sobre prescripción de derechos contempla el ordenamiento jurídico en los artículos 10 y 174 de los Decretos 2728 de 1968 y 1211 de 1990, respectivamente. »

De acuerdo con lo anterior, se advierte que la expresión aludida «las reglas de la prescripción» hace referencia a la regla vigente en la materia, que para la fecha en que fue proferida la providencia de unificación, se orientaba por la inaplicación del término previsto por el artículo 43 del Decreto 4433 de 2004, en materia de asignación mensual aplicable a los soldados profesionales que ya había sido definida por la jurisprudencia del Consejo de Estado.

A pesar de ello, en la actualidad el término trienal de prescripción contenido en el artículo 43 del Decreto 4433 de 2004, fue objeto de pronunciamiento de esta Sección, en la sentencia del diez (10) de octubre de 2019, providencia en la que se señaló que dicha disposición debe mantener su presunción de legalidad, para lo cual se analizó que la norma en comento fue expedida acorde con la competencia del Gobierno Nacional para reglamentar la Ley marco 923 de 2004 y por ende no había razón para inaplicar tal término.

De esta forma, debe considerarse que si bien se trata de una prestación periódica, lo cierto es que esta característica solo tiene un aspecto plenamente benéfico en lo que concierne a la caducidad, situación que no es del caso y que además no ocurre lo mismo con el fenómeno prescriptivo; en ese sentido, de lo evidenciado en el plenario, se observa que los hechos causa del derecho se han venido presentando, o se constituyeron en el 2010 y si bien la parte demandante indica que siempre ha estado requiriendo el derecho, lo cierto es que debe atenerse a lo evidenciado dentro del proceso -esto es el material probatorio allegado al plenario-, así las cosas, para el asunto de interés, los tiempos y actuaciones allí demostrados, observan cuando el derecho ha sido consolidado -y si medió la sanción de la prescripción extintiva-.

Conforme a lo anteriormente expuesto, toda vez que no se demostró la consolidación de la unión marital de hecho, del registro civil de matrimonio revisado en el acápite probatorio, se tiene que el derecho se consolidó a partir del 27 de julio de 2010, pues se trata de un emolumento que afecta el salario que es una circunstancia constante, a menos del retiro anterior a la asignación, o en virtud de esta, y la apoderada de la parte actora elevó una petición colectiva -entre ellas el demandante- para el ajuste de su derecho hasta el 5 de julio de 2018 (Como se observa del sello de recibido de la Gestión Documental -fl.14-), y presentó demanda contenciosa el 30 de abril de 2019; en conclusión, es evidente para esta Sala -aunado a lo previamente citado- que operó la prescripción trienal extintiva de todos los derechos previos al 5 de julio de 2015, siendo menester modificar el punto temporal establecido en primera instancia.

Así las cosas, la Sala considera que el análisis efectuado por el a quo es el correcto (con los matices expuestos sobre la prescripción), y en consecuencia se confirmará la decisión adoptada en primera instancia; modificándose la parte resolutoria en lo relativo al término prescriptivo antes descrito.

2.2.4.4. Siendo así, aunque el actor alega la vulneración de los derechos fundamentales a la igualdad, debido proceso y de acceso a la administración de justicia, lo cierto es que termina promoviendo indebidamente la tutela para obtener un pronunciamiento que



acceda a su pretensión de no aplicar el fenómeno prescriptivo al reconocimiento del subsidio familiar.

2.2.4.5. Lo anterior es suficiente para que la Sala se abstenga de hacer un pronunciamiento de fondo sobre los defectos alegados por el demandante.

2.2.4.6. Por último, en cuanto a las sentencias de la Sección Segunda del Consejo de Estado, que el actor invocó como desconocidas en el escrito de tutela, la Sala advierte que las decisiones se refirieron a asuntos diferentes al aquí analizado. Por un lado, en unos casos se debatía la inclusión de la prima de actualización en la asignación de retiro de los miembros de la policía Nacional, en virtud de la declaratoria de nulidad con efectos ex tunc y, en otros, la inclusión de la prima de servicios de los funcionarios de la Fiscalía General de la Nación como factor salarial. De modo que ninguna de esas sentencias comparte identidad fáctica con el asunto objeto de estudio, pues no trataron específicamente sobre la prescripción extintiva del derecho de las prestaciones reclamadas por los soldados profesionales, específicamente sobre el subsidio familiar y, por ende, no constituyen un precedente judicial pertinente para resolver el caso.

2.3. Por todo lo expuesto, la Sala declarará improcedente la solicitud de amparo presentada por el señor Esifredo Caicedo Caicedo.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

- 1. Declarar improcedente** la acción de tutela presentada por el señor Esifredo Caicedo Caicedo, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.
- 2. Notificar** la presente decisión a las partes, tal y como lo dispone el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.
- 3. Publicar** la presente providencia en la página web del Consejo de Estado.
4. Si no se impugna, **enviar** el expediente de tutela a la Corte Constitucional para lo de su cargo.

Notifíquese y cúmplase.

La anterior providencia fue discutida y aprobada en sesión de la fecha.

(Firmado electrónicamente)
MILTON CHAVES GARCÍA
Presidente de la Sección

(Firmado electrónicamente)
STELLA JEANNETTE CARVAJAL BASTO
Magistrada

(Firmado electrónicamente)
MYRIAM STELLA GUTIÉRREZ ARGÜELLO
Magistrada

(Firmado electrónicamente)
JULIO ROBERTO PIZA RODRÍGUEZ
Magistrado