

Señores
Juzgado 5° Administrativo de Oralidad del Circuito
Florencia (Caquetá)
E.S.D.

REF.: Medio de Control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho promovido por ALFONSO MACHADO JIMENEZ en contra de la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES (CREMIL).

Rad. N° 18-001-33-33-005-2020-00014-00

Asunto: RECURSO DE APELACIÓN.

JONATHAN CAMILO BUITRAGO RODRIGUEZ, mayor de edad, abogado en ejercicio de la profesión, identificado civil y profesionalmente como aparece junto a mi respectiva firma, obrando en calidad de **APODERADO** de la parte demandante dentro del trámite del proceso de la referencia; respetuosamente concurro ante su Despacho con el propósito de interponer **RECURSO DE APELACIÓN EN CONTRA DEL AUTO PROFERIDO EL DÍA 02 DE MARZO DE 2022 NOTIFICADO MEDIANTE ANOTACIÓN EN ESTADO DE FECHA 03 DE MARZO DE 2022**, por medio del cual se declaró probada la excepción previa de inepta demanda por indebida escogencia del medio de control y como consecuencia de ello dio por terminada la actuación de la referencia; recurso el cual se sustenta de conformidad con los siguientes términos:

SUSTENTACIÓN DEL RECURSO

Una vez analizados los argumentos esgrimidos por el Juzgado, se observa que si bien sus planteamientos son respetables y dignos de miramiento o consideración dado que constituyen apreciaciones o conceptos emitidos con el rigor y desde el gran talante intelectual que caracteriza a quienes componen dicha entidad, ellos no son compartidos por la parte actora, por cuanto se disiente con profundo respeto de las apreciaciones emitidas en el auto objeto del recurso de apelación aquí formulado.

1. Es fundamental anotar que la decisión adoptada por el Juzgado desconoce la realidad jurídica que se desprende de las circunstancias fácticas puestas de presente en la demanda como marco delimitativo para el ejercicio de la función jurisdiccional, al igual que conlleva el desconocimiento del problema jurídico a analizar en el caso concreto, de la naturaleza de las pretensiones de la demanda y los medios de convicción aportados con la presentación de la demanda.

Ello, en la medida en que, contrario a lo señalado por el Juzgado, en el caso concreto, no es procedente tramitar la acción ejecutiva, en la medida en que conforme se desprende de los medios de prueba aportados al trámite del proceso, dicho medio de control no resulta procedente en el caso concreto, en consideración a que desde la fecha en que CREMIL profirió la Resolución Administrativa de reconocimiento del reajuste de la asignación de retiro acorde con la variación del IPC hasta la fecha de presentación del libelo introductorio, ya han transcurrido más de cinco años, circunstancia ante la cual, se evidencia la improcedencia del medio de control obrante en la acción ejecutiva.

Sin embargo, es fundamental expresar que la improcedencia del medio de control obrante en la acción ejecutiva no conduce directamente a negar al demandante el acceso a la jurisdicción a través del medio de nulidad y restablecimiento del derecho con el fin de reclamar nuevamente la reliquidación de la asignación de retiro de acuerdo con la variación del IPC, en la medida en que los actos administrativos cuya nulidad se demanda en el sub examine sí son susceptibles de control judicial a través del ejercicio nuevamente del medio de nulidad y restablecimiento del derecho, por cuanto encajan en las circunstancias excepcionales en virtud de las cuales la jurisprudencia del Consejo de Estado ha autorizado la procedencia del control en sede judicial a pesar de existir previamente un pronunciamiento de la jurisdicción frente al mismo tópico jurídico.

Desde ésta perspectiva, es de trascendental magnitud referir que la jurisprudencia del Consejo de Estado ha indicado de manera reiterada y permanente que en el ámbito de los actos administrativos que se refieren al cumplimiento de sentencias judiciales, es susceptible el control de la legalidad de los mismos en sede judicial cuando la decisión de la administración va más allá de lo ordenado por el Juez y cuando crea,

modifica o extingue una relación jurídica que no fue objeto de debate judicial. Así, en torno a éste aspecto, en la sentencia proferida por la Sección Segunda del Consejo de Estado el día 17 de Noviembre de 2016, Radicación Nro.: 05001233300020120081902, se manifestó lo siguiente:

“el acto de ejecución no es pasible de control jurisdiccional a menos que al materializar la orden dada por el juez, la autoridad desborde los estrictos lineamientos de la sentencia, en cuyo caso, el perjudicado quedará habilitado para discutir en juicio aquello en que hubo incumplimiento por parte de la administración, por cuanto en estos aspectos el acto administrativo si puede crear o modificar la situación jurídica de una persona”.

En similar sentido, es esencial mencionar que en la sentencia proferida por la Subsección B de la Sección Segunda del Consejo de Estado el día 14 de Noviembre de 2013 dentro del trámite del Radicado N° 05001-23-31-000-2003-00490-01(2277-12), se expresó lo siguiente:

*Así las cosas, debe decirse, que en los eventos en que la administración da cumplimiento a decisiones emitidas por autoridades judiciales únicamente profiere actos que ejecutan el contenido material de las mismas sin que, en principio, haya lugar a establecer situaciones jurídicas nuevas o distintas a las que fueron objeto de debate y conclusión en sede judicial. **Esta última precisión en razón a que si el acto expedido por la administración, en cumplimiento de una decisión judicial, no sólo aborda aspectos distintos a los expresados en la decisión a ejecutar sino que da lugar a la creación, modificación o extinción de situaciones jurídicas a favor de los particulares, ellos da lugar a un típico acto administrativo susceptible de control judicial**”.*

Nótese que la jurisprudencia previamente mencionada no limita al ámbito único de la acción ejecutiva la procedencia del control judicial de los actos administrativos proferidos por las entidades públicas a efectos de dar cumplimiento a sentencia judiciales, sino que simplemente expresa la procedencia de las acciones contenciosas para ejercer el control judicial, lo cual indica la procedencia y viabilidad del ejercicio de una segunda acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

Además, no puede pasarse por alto que en el caso concreto, en el contexto en virtud del cual se profirió la Resolución Administrativa que manifestó dar cumplimiento a la sentencia judicial que ordenó la reliquidación de la asignación de retiro, el demandante no cuenta con la posibilidad de reclamar por la vía ejecutiva que se le reajuste la asignación de retiro en los términos claros y precisos dispuestos por la jurisprudencia de la Sección Segunda del Consejo de Estado, **desde el 01 de Enero de 1997 en adelante (no desde el año 2002 y hasta el 31 de Diciembre de 2004 como se limitó en la parte resolutive de la sentencia) con la correcta incidencia continua o permanente que dicha reliquidación desde el 01 de Enero de 1997 en adelante genera en las mesadas pensionales pagaderas desde el 01 de Enero de 2005 en adelante**, pues en la decisión objeto del recurso de apelación, de manera infortunada se desconoció que dichos aspectos no fueron consagrados de manera expresa en la parte resolutive, como tampoco fueron ponderados ni sopesados en el acto administrativo en cuestión, con lo cual se aprecia que la acción ejecutiva no le permitiría ni le posibilitaría reclamar el reconocimiento y la efectividad de la totalidad de su derecho al reajuste de la prestación pensional, pues solamente podría reclamar y deprecar lo que quedó consignado de manera expresa y perentoria en la parte resolutive de la sentencia que inicialmente dispuso la reliquidación de la asignación de retiro conforme con la variación del IPC.

Fue precisamente éste aspecto el que llevó a CREMIL a efectuar la inicial reliquidación de la asignación de retiro desconociendo la correcta incidencia continua o permanente que dicha reliquidación genera en las mesadas pensionales pagaderas desde el 01 de Enero de 2005 en adelante, pues fue precisamente la falta de precisión sobre este aspecto en la parte resolutive de la sentencia, la que condujo a que CREMIL le diera cumplimiento con las inconsistencias y vacíos que ameritaron acudir nuevamente a la reliquidación de la prestación pensional bajo el trámite del proceso de nulidad y de restablecimiento del derecho, en consideración a que el medio de control inherente al proceso ejecutivo no es eficaz ni idóneo para subsanar **la correcta incidencia continua o permanente que dicha reliquidación genera en las mesadas pensionales pagaderas desde el 01 de Enero de 2005 en adelante**.

2. En éste sentido, es de trascendental magnitud precisar que la jurisprudencia del Consejo de Estado se ha referido expresamente a estos casos (como el presente), en los cuales en el ámbito de un primer proceso judicial tramitado ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, se ha desconocido el derecho esencial a obtener que se reliquide la asignación de retiro **desde el 01 de Enero de 1997 en adelante hasta el 31 de Diciembre de 2004 con la correcta incidencia continua o permanente que dicha reliquidación desde el 01 de Enero de 1997 en adelante, genera en las mesadas pensionales**

pagaderas desde el 01 de Enero de 2005 en adelante, es posible y viable que los retirados de la Fuerza Pública acudan nuevamente a la jurisdicción contencioso administrativa en ejercicio de un segundo proceso de nulidad y restablecimiento del derecho para obtener el adecuado y total cumplimiento de los parámetros establecidos por la jurisprudencia de la Sección Segunda del Consejo de Estado para esta problemática pensional, disponiendo incluso que en éstas hipótesis no pueda ser aplicada la figura procesal de la cosa juzgada, sin que estos casos se readecuen a los lineamientos de la acción ejecutiva, al permitir que se tramite un nuevo proceso de nulidad y restablecimiento del derecho.

En éste sentido, en sentencia de tutela proferida el 27 de Octubre de 2016 por la Subsección A de la Sección Segunda del Consejo de Estado, bajo el Radicado N° 11001-03-15-000-2016-00471-01, el Consejo de Estado expresó que no es factible aplicar figuras procesales (como por ejemplo la cosa juzgada) como instrumento de carácter formal destinado a relevar del análisis del fondo del problema jurídico y terminar de manera anticipada el segundo proceso de nulidad y restablecimiento del derecho, cuando la controversia tiene como tópico principal el derecho consagrado en la Constitución Política a mantener el poder adquisitivo de la moneda, por cuanto ello implica un tema sensible que compromete varios derechos fundamentales de naturaleza constitucional que son irrenunciables, tales como el derecho a la igualdad, el derecho a la vida en condiciones dignas y derecho al mínimo vital y móvil, lo cual amerita que se de plena aplicación al postulado constitucional de prevalencia del derecho sustancial sobre el derecho procesal, a fin de garantizar una protección plena a los pensionados, quienes son personas que deben gozar de una protección especial del Estado por encontrarse en circunstancias de debilidad manifiesta.

Sobre el particular, la Subsección A de la Sección Segunda del Consejo de Estado en la sentencia previamente anotada, manifestó lo siguiente:

*En ese contexto, **si bien es cierto, la autoridad judicial demandada estableció que ya había cursado otra demanda con el mismo objeto, es claro que dicha decisión desconoce el derecho constitucional que le asiste al accionante de mantener el poder adquisitivo de su mesada, consagrado en dos enunciados normativos distintos de la Constitución Política, que a juico de la Subsección constituye una expresión del principio de Estado Social de Derecho, de la protección especial que establece la Carta Política a las personas de la tercera edad y de los derechos a la igualdad y al mínimo vital y móvil.***

En efecto, como quedó visto en los acápites precedentes, es mandato de la Constitución y por demás un derecho irrenunciable, el mantenimiento del poder adquisitivo de la moneda, en tratándose de mesadas pensionales o asignaciones de retiro, pues a través de este principio se pretende precisamente garantizar otros postulados Superiores como el derecho al mínimo vital y a la vida digna de los pensionados, pues con ello se permite corregir la desvalorización constante y progresiva de la moneda y mantener el poder adquisitivo de esa prestación económica. De ahí que si una pensión no es reajustada en las condiciones previstas en la ley, se verá reducida o congelada, en desmedro de las garantías fundamentales mencionadas.

*En este punto es importante precisar que aunque la autoridad judicial ordinaria accionada goza de autonomía e independencia para el ejercicio de sus funciones y que en sus providencias sólo está sometida al imperio de la Constitución y la ley; **dichos principios no pueden ser ejercidos en detrimento de los derechos fundamentales de los asociados, y en ese sentido, debe el juez de la causa dar prevalencia al derecho sustancial, a fin de proteger los derechos fundamentales de personas que como el accionante, debido a su edad y a su condición de retiro, son sujetos de especial protección por el Estado.***

Este precedente ha sido reiterado también en la sentencia de tutela proferida el día 17 de Abril de 2017 por la Subsección A de la Sección Segunda del Consejo de Estado bajo el Radicado N° 11001-03-15-000-2017-00224-00, en la cual se analizó un caso similar en el que las pretensiones de un segundo proceso judicial de control de nulidad y restablecimiento del derecho versan sobre el reajuste de la asignación de retiro de conformidad con el IPC fijado por el DANE y CREMIL esgrimió como defensa procesal la presunta existencia de la figura de la cosa juzgada, frente a la cual, la Subsección A señaló que **es viable que el accionante pueda deprecar nuevamente el reconocimiento de su derecho al reajuste periódico de la asignación de retiro, en atención al principio de progresividad de los derechos económicos, sociales y culturales, dentro del cual se encuentran las garantías establecidas en los artículos 48 y 53 de la Constitución Política;** lo cual tuvo lugar a través del trámite de un segundo proceso de nulidad y restablecimiento del derecho, sin que en ningún momento fuera readecuado o reasignado el segundo proceso de nulidad y restablecimiento al trámite de la acción ejecutiva.

Vale la pena destacar que en el caso concreto que fue analizado en esta sentencia, el Consejo de Estado estableció la procedencia y viabilidad de un segundo proceso de nulidad y restablecimiento del derecho en una hipótesis donde en el primigenio medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho se había omitido ordenar el reajuste **de la base de la asignación de retiro en mención, por considerarse que las mesadas causadas con anterioridad al 3 de octubre de 2005 habían prescrito; situación que es similar a la del caso concreto aquí analizado.**

Al respecto, en la sentencia antes enunciada, la Subsección A de la Sección Segunda del Consejo de Estado manifestó lo siguiente:

Para resolver el caso concreto, esta Subsección lo efectuará a la luz de los artículos 48 y 53 de la Carta Política que definen que la ley será la encargada de determinar “[...] los medios para que los recursos destinados a pensiones mantengan su poder adquisitivo constante [...]” y reafirma el deber del Estado en garantizar el “[...] reajuste periódico de las pensiones legales [...]”, pues existen razones suficientes para considerar que el no reajuste de las mesadas pensionales del accionante afecta su derecho al mínimo vital. En consecuencia, se amparará la presente acción constitucional, por los siguientes motivos:

Analizado el caso objeto de estudio se colige que lo pretendido por el accionante desde el momento en que promovió el primer proceso incoado con anterioridad al que hoy es objeto de estudio, no sólo era reconocer la reliquidación de la asignación de retiro con fundamento en el IPC a partir del año 1994 a 2004 y pagar la diferencia que resulte entre la liquidación y las sumas canceladas por concepto del incremento, sino también el reajuste de la base de la liquidación prestacional que le fue reconocida, pues no debe perderse de vista que el reajuste para dichos períodos reflejaría un aumento de la asignación de haberse utilizado el IPC, lo que incide directamente en el monto de la mesada pensional a futuro.

*Sin embargo, la decisión adoptada por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito Judicial de Pasto y confirmada por el Tribunal Administrativo de Nariño, **omitió dar ordenamiento frente al reajuste de la base de la asignación de retiro en mención, porque consideró que las mesadas causadas con anterioridad al 3 de octubre de 2005 habían prescrito, lo que motivó al accionante a presentar la nueva demanda objeto de estudio.***

En esa medida, si bien la autoridad judicial acusada declaró la cosa juzgada al acreditar que el accionante ya había presentado medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho en la que solicitó la reliquidación y reajuste de su asignación de retiro en aplicación a la Ley 238 de 1995 para los años 1997 a 2004, lo cierto es que desconoció el derecho constitucional de mantener a los pensionados el poder adquisitivo de su mesada, consagrado en dos enunciados normativos distintos en la Constitución Política, que a juicio de la Subsección constituye una expresión del principio de Estado Social de Derecho, de la protección especial que establece la Carta Política a las personas de la tercera edad y de los derechos a la igualdad y al mínimo vital y móvil.

Deviene de lo dicho que el reajuste anual de las pensiones tiene pleno sustento constitucional, por cuanto busca garantizar la efectividad del derecho al mínimo vital de los pensionados. Esto por cuanto, permite corregir la desvalorización constante y progresiva de la moneda y mantener el poder adquisitivo de esa prestación económica. De ahí que si una pensión no es reajustada en las condiciones previstas en la ley, se verá reducida o congelada debido a que pierde su poder adquisitivo.

Por ello, dado que el incremento anual de las pensiones busca garantizar que su valor no se deteriore frente al costo de los bienes y servicios que el pensionado requiere, la omisión respecto de tal incremento implica la vulneración de su derecho fundamental al mínimo vital, comoquiera que la posibilidad de acceder a dichos bienes y servicios será más limitada.

En este punto es importante precisar que aunque la autoridad judicial ordinaria accionada goza de autonomía e independencia para el ejercicio de sus funciones y que en sus providencias sólo está sometida al imperio de la Ley; ello debe ocurrir sin que se vean irrespetados los derechos del pensionado a mantener el poder adquisitivo de su mesada pensional, situación que no se logró con las decisiones impartidas dentro del primer proceso ordinario.

Así las cosas, esta Subsección considera que es viable que el accionante pueda deprecar nuevamente el reconocimiento de su derecho al reajuste periódico de la asignación de retiro, en atención al principio de progresividad de los derechos económicos, sociales y culturales, dentro

del cual se encuentran las garantías establecidas en los artículos 48 y 53 de la Constitución Política.

Situación distinta sucede respecto a la reliquidación de las pensiones cuando se pretende la inclusión de la totalidad de los factores salariales como así se dispuso en las sentencias de unificación de la Sección Segunda del Consejo de Estado del 4 de agosto de 2010, con radicado 25000-23-25-000-2006-07509-01(0112-09) del C.P. Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila, comoquiera que los factores hacen referencia a todo lo recibido por el trabajador como contraprestación directa de sus servicios.

En tanto, lo que aquí se pretende es el reconocimiento del aumento periódico legal que el Estado debe efectuar sobre las mesadas pensionales reconocidas, con el fin de combatir el hecho notorio de la constante y permanente devaluación de la moneda.

En consecuencia, en el presente asunto no se podría hablar de cosa juzgada cuando las providencias del primer proceso ordinario no ordenaron el reajuste de la asignación de retiro que constitucionalmente protegen los artículos 48 y 53 de la Carta Superior.

Repárese que la presente discusión gira en torno sobre la aplicación del derecho sustancial (reajuste) o el derecho formal (cosa juzgada), interrogante frente al cual la Subsección opta por proteger al pensionado al tratarse un asunto de pronta, cumplida y eficaz administración de justicia, conforme lo determinó el artículo 4º de la Ley 270 de 1996 y el artículo 228 de la Constitución Política. No es más, no es menos, es una cuestión de justicia que el mismo preámbulo de la Carta Magna asegura a los integrantes del pueblo de Colombia.

En ese orden de ideas, la Subsección encuentra que con el auto acusado al declarar la figura jurídica de la cosa juzgada desconoció el derecho de la parte accionante de acceso a la administración de justicia, al reajuste de su mesada pensional y por consiguiente, su derecho al mínimo vital.

Similar situación tuvo lugar en la sentencia de tutela proferida el día 08 de Junio de 2016 por la Sección Primera del Consejo de Estado, bajo el Radicado N° 11001-03-15-000-2016-00471-00, en la cual se expresó que no es factible aplicar la figura de la cosa juzgada como instrumento de carácter formal destinado a relevar del análisis del fondo del problema jurídico y terminar de manera anticipada el segundo proceso de nulidad y restablecimiento del derecho, cuando la controversia tiene como tópico principal el derecho consagrado en la Constitución Política a mantener el poder adquisitivo de la moneda, sin que en ningún caso se hubiese señalado la existencia de una irregularidad por el hecho de haber tramitado un segundo proceso de nulidad y restablecimiento del derecho, o se hubiese dispuesto una readecuación del trámite impartido al segundo proceso de nulidad y restablecimiento del derecho para reorientarlo por los cauces de la acción ejecutiva.

Puestas de éste modo las cosas, solicito que estos criterios y precedentes jurisprudenciales (los cuales anexamos en archivos adjuntos) sean tenidos en cuenta por el Juzgado al momento de proferir la decisión de fondo que resuelva sobre el recurso pues como lo ha referido la jurisprudencia del Consejo de Estado, el derecho consagrado en la Constitución Política a mantener el poder adquisitivo de la moneda, no puede ser condicionado ni limitado por aspectos meramente formales de índole netamente procedimental (como se hizo en el caso concreto), por cuanto la reliquidación pensional deprecada implica un tema sensible que compromete varios derechos fundamentales de naturaleza constitucional que son irrenunciables, tales como el derecho a la igualdad, el derecho a la vida en condiciones dignas y derecho al mínimo vital y móvil, **lo cual amerita que se de plena aplicación al postulado constitucional de prevalencia del derecho sustancial sobre el derecho procesal, a fin de garantizar una protección plena a los pensionados, quienes son personas que deben gozar de una protección especial del Estado por encontrarse en circunstancias de debilidad manifiesta, de lo cual se deduce que en armonía con lo señalado por la jurisprudencia del Consejo de Estado previamente citada, el aquí demandante pueda deprecar nuevamente el reconocimiento de su derecho al reajuste periódico de la asignación de retiro a través del trámite de un segundo medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, en atención al principio de progresividad de los derechos económicos, sociales y culturales, dentro del cual se encuentran las garantías establecidas en los artículos 48 y 53 de la Constitución Política, sin que la acción ejecutiva sea un limitante para acceder a la jurisdicción en aras de obtener la reliquidación de la asignación de retiro.**

Si lo anteriormente expuesto no fuera suficiente, vale la pena destacar que la jurisprudencia del Consejo de Estado también ha indicado que en los eventos en que existan dudas sobre el medio de

control a ejercer (entre acción ejecutiva y nulidad y restablecimiento del derecho según lo refiere la providencia objeto del recurso de apelación) debe permitirse que se continúe con el trámite del proceso conforme al medio de control considerado por la parte demandante, a fin de que se permita la prevalencia del derecho fundamental del demandante de acceso a la administración de la jurisdicción y de los principios Pro Actione y Pro Homine previstos en los artículos 25 y 29 de la Convención Americana de Derechos Humanos, respectivamente, así como del principio Pro Damato el cual “busca aliviar los rigores de las normas procedimentales y aboga por la cautela y el criterio restrictivo con el que deben interpretarse y aplicarse dichas normas, pues se reitera, es importante que el Despacho de aplicación a lo señalado en los artículos 25 y 29 de la Convención Americana de Derechos Humanos que establecen los principios Pro Actione y Pro Homine, en aras de no quebrantar ni desconocer los derechos fundamentales constitucionales al Debido Proceso, al Acceso a la Administración de Justicia, a mantener el poder adquisitivo de las pensiones y a obtener el reajuste periódico de la pensión reconocida al demandante, máxime cuando la jurisprudencia del Consejo de Estado anteriormente citada ha permitido acudir a la jurisdicción en ejercicio de un segundo proceso de nulidad y restablecimiento del derecho a efectos de permitirle al demandante obtener a plenitud y a cabalidad su derecho a la reliquidación pensional completo e íntegro con las incidencias que desde el mes de Enero de 2005 presenta la totalidad del reajuste pensional establecido en beneficio del demandante desde el 01 de Enero de 1997 en adelante.

De igual manera, si lo antes expuesto no fuese suficiente, es de trascendental magnitud referir que en la sentencia de tutela proferida el 29 de Enero de 2018 bajo el Radicado N° 11001-03-15-000-2017-03024-00, la Sección Segunda Subsección A del Consejo de Estado hizo un análisis de los diferentes pronunciamientos que han sido emitidos a lo largo de los últimos años, en los cuales se han amparado los derechos fundamentales al debido proceso y al acceso a la administración de justicia frente a casos en los que varias providencias judiciales declararon excepciones de previas de índole procesal o netamente formal (como por ejemplo la cosa juzgada) en los segundos procesos de nulidad y restablecimientos del derecho que inician varios retirados de la Fuerza Pública con el fin de obtener los verdaderos alcances de la reliquidación de la asignación de retiro conforme con la variación del IPC, poque en los primeros procesos no se hizo correctamente la reliquidación de la asignación de retiro. Así, a continuación se mencionarán algunos de los pronunciamientos analizados en la sentencia proferida el 29 de Enero de 2018, en los cuales el Consejo de Estado ha determinado que las autoridades judiciales transgredieron los derechos fundamentales de los tutelantes al considerar que no se configuraba la cosa juzgada, comoquiera que en el segundo proceso incoado en cada uno de los casos, la pretensión iba encaminada a obtener el reajuste de su asignación de retiro conforme a la Ley 100 de 1993, situación que no pudo lograrse como restablecimiento del derecho en el primero de los procesos de nulidad y restablecimiento del derecho.

En éste sentido, en la sentencia del 16 de septiembre de 2014 distinguida con el Radicado N° 11001-03-15-000-2014-02022-00, la Sección Segunda Subsección A amparó los derechos fundamentales del señor Ángel Manuel Cortavarria Mercado al concluir que dentro del análisis de los accionados no se tuvo en cuenta que la pretensión del demandante en la nueva demanda de nulidad y restablecimiento del derecho promovida en contra de Cremil, si bien se refiere al reajuste y reliquidación de la asignación de retiro del IPC de los años de 1997, 1999, 2001 y 2002, petición que igualmente fue objeto del proceso que se tramitó ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, ***contenía un hecho nuevo consistente en la solicitud de tener en cuenta para definir su pedimento lo expuesto por el Consejo de Estado, en sentencia del 15 de noviembre de 2012 proferida por el Consejero, Dr. Gerardo Arenas Monsalve, en donde se señaló que “si bien dichas diferencias no pueden ser canceladas por encontrarse prescritas, si deben ser utilizadas como base para la liquidación de las mesadas posteriores”.***

Posteriormente, la Sección Primera mediante fallo del 8 de junio de 2016 bajo el Radicado N° 11001-03-15-000-2016-00471-00 accedió al amparo de los derechos del señor Paulino López Arias al considerar que en este caso no hay cosa juzgada porque el demandante señaló el cálculo del reajuste que reclama y al que tendría derecho desde el año 1997 al 2013. Esa dependencia en su decisión, agregó que ***si bien las pretensiones del accionante en ambos procesos se apoyan en las mismas normas, en la segunda oportunidad, los reclamos son diferentes y ya estaba en práctica un hecho nuevo e importante en materia del reajuste a las asignaciones de retiro de los ex miembros de la Fuerza Pública como lo fue en su momento, y en la actualidad, la política pública de conciliación en materia del reconocimiento del IPC para los años 1997, 1999, 2001, 2002, 2003 y 2004 en cuanto impactan la base de liquidación de las mesadas, que de acuerdo con la prescripción cuatrienal tenía derecho a reclamar el accionante.*** El 27 de octubre de 2016, la Subsección “A” de la Sección Segunda del Consejo de Estado confirmó la providencia de primera instancia al ***argumentar que tampoco se configuraba la cosa juzgada, por cuanto una pensión no reajustada en las condiciones previstas en la ley se verá reducida o congelada, en desmedro del mantenimiento del poder adquisitivo de la moneda, en***

tratándose de mesadas pensionales o asignaciones de retiro. Añadió que a través de este principio se pretende precisamente garantizar otros postulados Superiores como el derecho al mínimo vital y a la vida digna de los pensionados.

En un tercer caso, se encuentra la sentencia proferida el 17 de abril de 2017 bajo el Radicado N° 11001-03-15-000-2017-00224-00, en la que la Sección Segunda Subsección A tuteló los derechos de acceso a la administración de justicia, al reajuste de la mesada pensional y, por consiguiente, el derecho al mínimo vital al afirmar que ***no puede hablarse de cosa juzgada cuando las providencias del primer proceso ordinario no ordenaron el reajuste de la asignación de retiro que constitucionalmente protegen los artículos 48 y 53 de la Carta Superior.***

Igualmente, se encuentra el escrito de tutela de la señora Myriam Moncada Manosalva quien solicitó el amparo de sus derechos fundamentales al considerar que no se configuró la cosa juzgada, ya que al tratarse de errores cometidos por las autoridades judiciales que omitieron ordenar la corrección de la base prestacional desde el 1° de Enero de 1997 y reajustarla hasta el 23 de Abril de 2003, está facultada para acudir en una segunda oportunidad ante la jurisdicción de lo contencioso. En esa oportunidad, la Subsección A de la Sección Segunda en fallo del 4 de mayo de 2017 proferido bajo el Radicado N° 11001-03-15-000-2017-00422-00 accedió a las pretensiones y ***reiteró que no puede hablarse de cosa juzgada cuando las providencias del primer proceso ordinario no ordenaron el reajuste de la asignación de retiro que constitucionalmente protegen los artículos 48 y 53 de la Carta Superior.***

Finalmente, se trae a colación la sentencia del 11 de septiembre de 2017 proferida por la Sección Segunda, Subsección A bajo el Radicado N° 11001-03-15-000-2017-01921-00 en la acción de tutela presentada por el señor Jesús Antonio Bravo Silva en contra del Tribunal Administrativo del Valle del Cauca y el Juzgado Primero Administrativo de Cali en la que alega que los fallos aludidos incurrieron en una falencia de interpretación de la cosa juzgada porque no existe identidad de objeto ni de causa, en su caso, reclama la liquidación de su asignación de retiro desde el año 1997, con independencia de la prescripción de las mesadas. En la sentencia de tutela, la Sección Segunda Subsección A del Consejo de Estado ***determinó que era viable que el accionante pudiera deprecar nuevamente el reconocimiento de su derecho al reajuste periódico de la asignación de retiro, en atención al principio de progresividad de los derechos económicos, sociales y culturales, dentro del cual se encuentran las garantías establecidas en los artículos 48 y 53 de la Constitución Política y, por ende, en ese caso, no operaba la cosa juzgada en la medida que las providencias del primer proceso ordinario no ordenaron el reajuste de la asignación de retiro que constitucionalmente protegen los artículos 48 y 53 de la Carta Superior.***

Y entonces, se tiene que en la sentencia de tutela proferida el 29 de Enero de 2018 bajo el Radicado N° 11001-03-15-000-2017-03024-00, la Sección Segunda Subsección A del Consejo de Estado manifestó que sí era viable tramitar un segundo proceso de nulidad y restablecimiento de derecho orientado a obtener la reliquidación de la asignación de retiro con fundamento en el IPC fijado por el DANE cuando en la realidad práctica, la prestación pensional no hubiese sido debidamente reliquidada y a partir de ello se desprendiera una afectación a los derechos constitucionales al mínimo vital y al mantenimiento del poder adquisitivo de las pensiones, sin que figuras de índole netamente procesal como la “cosa juzgada” fuesen un impedimento para el trámite del segundo proceso judicial; lo cual tuvo lugar en los siguientes términos:

“Analizado el caso objeto de estudio se colige que lo pretendido por el accionante desde el momento en que promovió el primer proceso incoado con anterioridad al que hoy es objeto de estudio, no sólo era reconocer la reliquidación de la asignación de retiro con fundamento en el IPC a partir del año 1997 a 2004 y pagar la diferencia que resulte entre la liquidación y las sumas canceladas por concepto del incremento, sino también el reajuste de la base de la liquidación prestacional que le fue reconocida, pues no debe perderse de vista que el reajuste para dichos periodos reflejaría un aumento de la asignación de haberse utilizado el IPC, lo que incide directamente en el monto de la mesada pensional a futuro.

Sin embargo, la decisión adoptada por el Juzgado Noveno Administrativo de Bogotá omitió dar ordenamiento frente al reajuste de la base de la asignación de retiro en mención. Nótese que en el ordinal tercero de la sentencia del 3 de junio de 2009 sólo dispuso que la entidad demandada debía reliquidar y pagar las sumas de dinero correspondientes a la diferencia que resultara entre la liquidación solicitada y las sumas que fueron canceladas por los años 1997, 1999, 2001, 2003 y 2004 y, consideró que las mesadas causadas con anterioridad al 6 de marzo de 2002 habían prescrito, lo que motivó al accionante a presentar la nueva demanda objeto de estudio (f. 30).

Y, en esos términos fue acatado el fallo judicial, pues la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares en la Resolución 3633 del 7 de diciembre de 2009, por medio de la cual cumple las órdenes judiciales impartidas, dispone el pago por concepto del reajuste de la asignación de retiro del accionante para el período comprendido entre el 6 de marzo de 2002 hasta el 31 de diciembre de 2004 (f. 11 vto.).

En esa medida, si bien la autoridad judicial acusada declaró la cosa juzgada al colegir que el accionante ya había presentado medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho en el que solicitó la reliquidación y reajuste de su asignación de retiro en aplicación a la Ley 238 de 1995 para los años 1997 a 2004, lo cierto es que desconoció el derecho constitucional de mantener a los pensionados el poder adquisitivo de su mesada, consagrado en dos enunciados normativos distintos en la Constitución Política, que a juicio de la Subsección constituye una expresión del principio de Estado Social de Derecho, de la protección especial que establece la Carta Política a las personas de la tercera edad y de los derechos a la igualdad y al mínimo vital y móvil.

Deviene de lo dicho que el reajuste anual de las pensiones tiene pleno sustento constitucional, por cuanto busca garantizar la efectividad del derecho al mínimo vital de los pensionados. Esto por cuanto, permite corregir la desvalorización constante y progresiva de la moneda y mantener el poder adquisitivo de esa prestación económica. De ahí que si una pensión no es reajustada en las condiciones previstas en la ley, se verá reducida o congelada debido a que pierde su poder adquisitivo.

Por ello, dado que el incremento anual de las pensiones busca garantizar que su valor no se deteriore frente al costo de los bienes y servicios que el pensionado requiere, la omisión respecto de tal incremento implica la vulneración de su derecho fundamental al mínimo vital, comoquiera que la posibilidad de acceder a dichos bienes y servicios será más limitada.

En este punto es importante precisar que aunque la autoridad judicial ordinaria accionada goza de autonomía e independencia para el ejercicio de sus funciones y que en sus providencias sólo está sometida al imperio de la Ley; ello debe ocurrir sin que se vean irrespetados los derechos del pensionado a mantener el poder adquisitivo de su mesada pensional, situación que no se logró con las decisiones impartidas dentro del primer proceso ordinario.

Así las cosas, esta Subsección considera que es viable que el accionante pueda deprecar nuevamente el reconocimiento de su derecho al reajuste periódico de la asignación de retiro, en atención al principio de progresividad de los derechos económicos, sociales y culturales, dentro del cual se encuentran las garantías establecidas en los artículos 48 y 53 de la Constitución Política.

(...) En tanto, lo que aquí se pretende es el reconocimiento del aumento periódico legal que el Estado debe efectuar sobre las mesadas pensionales reconocidas, con el fin de combatir el hecho notorio de la constante y permanente devaluación de la moneda.

En consecuencia, en el presente asunto no podría hablarse de cosa juzgada cuando la providencia del primer proceso ordinario no ordenó el reajuste de la asignación de retiro que constitucionalmente protegen los artículos 48 y 53 de la Carta Superior.

Repárese que la presente discusión gira en torno sobre la aplicación del derecho sustancial (reajuste) o el derecho formal (cosa juzgada), interrogante frente al cual la Subsección opta por proteger al pensionado al tratarse un asunto de pronta, cumplida y eficaz administración de justicia, conforme lo determinó el artículo 4º de la Ley 270 de 1996 y el artículo 228 de la Constitución Política. No es más, no es menos, es una cuestión de justicia que el mismo preámbulo de la Carta Magna asegura a los integrantes del pueblo de Colombia.

En ese orden de ideas, la Subsección encuentra que el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección C al declarar la figura jurídica de la cosa juzgada desconoció el derecho de la parte accionante de acceso a la administración de justicia, al reajuste de su mesada pensional y por consiguiente, su derecho al mínimo vital”.

La anterior síntesis de los planteamientos expuestos en las sentencias proferidas en casos similares al del aquí demandante, se realiza en la medida en que en la providencia materia de apelación no se ponderó ni se sopesó que varios pronunciamientos judiciales provenientes del Consejo de Estado, que actualmente se encuentran en firme y ejecutoriados, en los cuales se analizaron varios casos de algunos miembros de la

Fuerza Pública que se encontraban en la misma situación fáctica del aquí accionante, concluyeron a partir de los mismos fundamentos constitucionales y legales expuestos en la demanda promovida por el aquí demandante, que era viable la formulación de un segundo proceso de nulidad y restablecimiento del derecho para permitirle al actor obtener el debido reajuste de la asignación de retiro de conformidad con el Índice de Precios al Consumidor (IPC) fijado por el DANE durante el período comprendido entre los años 1997 a 2004 con la debida incidencia y efectos que dicho reajuste tiene para el período comprendido desde el 01 de Enero de 2005 en adelante; lo cual tuvo lugar desde una interpretación alterna de las normas constitucionales y legales involucradas en el problema jurídico que debía analizar el A Quo con carácter serio, objetivo y razonado.

Por estas razones, se evidencia que en la sentencia apelada se incurrió en desconocimiento del principio de favorabilidad, puesto que no se abordó el estudio y análisis del problema jurídico inherente al caso concreto, haciendo uso de los elementos de juicio y argumentos plasmados en las mencionadas sentencias (pese a que algunas de ellas fueron puestas en conocimiento del Juzgado por la parte demandante), en las cuales se ponía de manifiesto la existencia de una interpretación favorable de las normas constitucionales y legales involucradas en el problema jurídico materia de discusión, en virtud de la cual, seria y razonadamente se demostraba el quebranto de una norma fundamental y prevalente como lo es el artículo 53 de la Constitución Política que brindaba sustento y respaldo al trámite de un segundo proceso judicial orientado a obtener la correcta reliquidación de la asignación de retiro como consecuencia del proceder equivocado en que incurrió CREMIL, pese a que el A Quo tuvo conocimiento de la existencia de las sentencias del Consejo de Estado con bastante anterioridad a la fecha en que se profirió el auto apelado.

A partir de dichos antecedentes, era necesario que en el auto apelado se efectuara un análisis sobre la interpretación favorable del principio de remuneración mínima vital y móvil, así como del principio de mantenimiento de poder adquisitivo y reajuste periódico de los ingresos laborales que contempla el artículo 53 de la Constitución Política, era un requisito determinante para dilucidar de fondo y en forma completa o cabal si era procedente o no acceder al reajuste salarial y pensional solicitado en el segundo proceso judicial; pues debieron tomarse en cuenta los criterios expuestos en las sentencias del Consejo de Estado, en procura de resaltar la favorabilidad ínsita e inherente a la interpretación que hacen las demás autoridades de las normas involucradas, al punto de brindar una motivación expresa, concreta y específica sobre éste aspecto, más allá del carácter netamente formal propio de la vinculatoriedad del precedente; pues en las circunstancias del caso, se apreciaba que de haberse realizado un análisis completo de la interpretación más favorable para el pensionado a la luz de lo dispuesto en el artículo 53 de la Constitución Política, el resultado hubiese sido diametralmente opuesto, pues se hubiese accedido a las pretensiones de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho presentada por el aquí demandante

Al respecto, nótese que existe un número significativo de decisiones judiciales en donde se accedió favorablemente al reajuste salarial y pensional solicitado en el trámite del segundo proceso judicial de nulidad y restablecimiento del derecho, frente a casos en los cuales se debatía idéntico problema jurídico respecto de personas en idéntica situación fáctica, interpretando las mismas normas jurídicas bajo criterios igualmente razonables que sin apartarse de la finalidad de la norma y en busca de un entendimiento sistemático y teleológico de la misma, se llegaba en forma justificada, lógica y coherente, a una conclusión muy distinta a la cual arribó el A Quo, que evidenciaba los errores cometidos por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares (CREMIL); análisis que de manera infortunada no se realizó en el proveído objeto del recurso de apelación.

Con base en los argumentos previamente esbozados, solicito en forma comedida acceder en forma favorable a las siguientes

PETICIONES

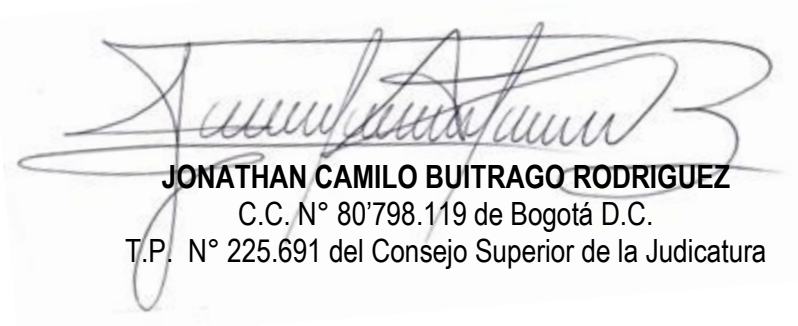
PRIMERA: **REVOCAR** el auto calendado 02 de Marzo de 2022, por medio del cual se declaró probada la excepción previa de inepta demanda por indebida escogencia del medio de control y como consecuencia de ello dio por terminada la actuación de la referencia.

SEGUNDA: Como consecuencia de lo anterior, **DECLARAR NO PROBADA** la excepción de “inepta demanda por indebida escogencia del medio de control” propuesta por la entidad pública demandada, por las razones arriba expuestas.

TERCERA: En cumplimiento de lo anterior, **IMPARTIR CONTINUIDAD AL TRÁMITE DEL PROCESO, EFECTUANDO EL ESTUDIO DEL FONDO DEL PROBLEMA JURÍDICO PLANTEADO EN LA DEMANDA.**

CUARTA: Como consecuencia de las anteriores peticiones, **ACCEDER** a las pretensiones formuladas en la demanda que ha dado génesis al proceso de la referencia, **DECLARANDO LA NULIDAD** de las Resoluciones N° 8684 del 11 de Diciembre de 2013 y N° 5540 del 08 de Julio de 2015 y del Oficio del 24 de Abril de 2015 N° 211, Consecutivo 2015 – 25636 proferidos por la **CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES (CREMIL)** ordenando a CREMIL efectuar una nueva liquidación del reajuste de la asignación de retiro que mi poderdante devenga frente al período comprendido entre la fecha de reconocimiento de la primera mesada en adelante según el Índice de Precios al Consumidor (IPC), en la cual se apliquen los parámetros jurisprudenciales establecidos por el Consejo de Estado para el reajuste de la asignación de retiro de los miembros de las Fuerzas Militares por el IPC fijado por el DANE con las implicaciones y efectos que las diferencias reconocidas a la base pensional consolidada a 31 de Diciembre de 2004 tienen frente a la liquidación de las mesadas causadas a partir del 01 de Enero de 2005 y en adelante hacia futuro, dado el aumento cíclico y a futuro en forma ininterrumpida que tiene la asignación de retiro; junto con los demás pedimentos deprecados en el acápite de pretensiones del libelo introductorio en la forma allí solicitada.

Atentamente:



JONATHAN CAMILO BUITRAGO RODRIGUEZ
C.C. N° 80'798.119 de Bogotá D.C.
T.P. N° 225.691 del Consejo Superior de la Judicatura

**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN SEGUNDA
SUBSECCIÓN A**

CONSEJERO PONENTE: WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ

Bogotá D.C., diecisiete (17) de abril de dos mil diecisiete (2017).

F.T.: 160.

Radicación número: 11001-03-15-000-2017-00224-00

Actor: ELIECER ROA ARAGONÉS

Accionado: TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE NARIÑO Y OTRO

ASUNTO

La Subsección A de la Sección Segunda del Consejo de Estado, en sede de tutela, profiere sentencia de primera instancia.

Se aclara que la providencia se profiere en la presente fecha, debido a la necesidad de conformar la Sala de Subsección con la totalidad de sus integrantes ante la ausencia con permiso del Consejero, Dr. Rafael Francisco Suárez Vargas entre el 3 y 7 de abril de 2017.

HECHOS RELEVANTES

a) Reclamación.

La Caja de Retiro de las Fuerzas Militares - CREMIL, mediante Resolución 0823 de 1980 reconoció al señor Eliecer Roa Aragonés asignación de retiro, la cual ha sido reajustada anualmente de conformidad con el principio de oscilación y no con base al índice de precios al consumidor certificado por el DANE.

El 3 de octubre de 2008 solicitó ante la CREMIL el reajuste, reliquidación y pago de su asignación de retiro conforme al índice de precios al consumidor para los años 1997, 1999, 2001, 2003 y 2004, solicitud que fue negada mediante Oficio 35253 del 15 de octubre de 2008.

b) Proceso ordinario.

El accionante instauró demanda de nulidad y restablecimiento del derecho en contra de CREMIL. El 4 de septiembre de 2009, el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito Judicial de Pasto profirió sentencia en la que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda al declarar la nulidad del oficio demandado; empero no ordenó la reliquidación, reajuste y pago de las asignaciones de retiro de los años 1997, 1999, 2001, 2003 y 2004 por considerar que las mesadas causadas con anterioridad al 3 de octubre de 2005 habían prescrito.

Contra la decisión interpuso recurso de apelación. El 28 de mayo de 2010, el Tribunal Administrativo de Nariño confirmó en todas sus partes el fallo de primera instancia.

Adujo que presentó acción de tutela ante el Consejo de Estado, quien en fallo del 15 de mayo de 2012 rechazó por improcedente la misma.

c) Reclamación administrativa luego de la sentencia de unificación.

El 2 de agosto de 2013, el señor Roa Aragonés al tener en cuenta que existe unificación jurisprudencial sobre el reajuste de la asignación de retiro con base en el incremento del IPC, solicitó nuevamente el reajuste, reliquidación y pago de su asignación.

CREMIL mediante Oficio 2013-47604 del 30 de agosto de 2013 negó la misma.

d) Proceso ordinario después de la sentencia del Consejo de Estado.

El accionante radicó una nueva demanda. El Juzgado Primero Administrativo Oral del Circuito Judicial de Pasto, en audiencia celebrada el 22 de septiembre de 2016 declaró probada la excepción de cosa juzgada y procedió a dar por terminado el proceso. Contra la decisión interpuso recurso de apelación.

El 10 de noviembre de 2016, el Tribunal Administrativo de Nariño confirmó el auto proferido por el *a quo*.

e) Inconformidad.

Afirmó que el Juzgado Primero Oral del Circuito Judicial de Pasto y el Tribunal Administrativo de Nariño al declarar probada la excepción de cosa juzgada y dar por terminado el proceso, no tienen en cuenta la unificación jurisprudencial sobre el tema.

Sostuvo que discute un derecho pensional a su favor, el cual, dada su característica de prestación periódica, es susceptible de modificación en el tiempo por aparición de una nueva posición jurisprudencial del máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo que lo habilita para concurrir nuevamente a solicitar el reajuste, reliquidación y pago de su asignación pensional, sin que ello configure el fenómeno jurídico de la cosa juzgada.

Por tanto, tiene derecho a que su asignación de retiro sea reajustada en los porcentajes del IPC que le sean más favorables para los años 1997, 1999, 2001, 2002, 2003 y 2004 al tener en cuenta que las diferencias que incrementan la base de la asignación se deben reconocer de ahí en adelante por su incidencia en las mesadas futuras.

PRETENSIONES

Solicitó se tutelén los derechos fundamentales a la igualdad y a la seguridad jurídica; igualmente, los principios constitucionales de legalidad y coherencia del ordenamiento jurídico.

En consecuencia, se dejen sin efecto las providencias proferidas el 22 de septiembre de 2016 por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito Judicial de Pasto y el 10 de noviembre de 2016 por el Tribunal Administrativo de Nariño que negaron las súplicas del medio de nulidad y restablecimiento del derecho al declarar probada la excepción de cosa juzgada y se emita un nuevo pronunciamiento al tener en cuenta la unificación jurisprudencial.

CONTESTACIONES AL REQUERIMIENTO

Tribunal Administrativo de Nariño (ff. 29 y 30).

Indicó que las actuaciones que adelantó se ajustaron a las garantías del debido proceso y del derecho de defensa de quienes intervinieron en el proceso.

Refirió que la decisión que adoptó esta debidamente motivada en aspectos jurídicos y fácticos y en una adecuada valoración probatoria; por ende, no puede calificarse como apartada del derecho y constitutiva de alguna causal específica.

Por lo anterior, solicitó se desestimen las pretensiones de la acción de amparo.

Juzgado Primero Administrativo Oral del Circuito Judicial de Pasto (f. 32 frente y reverso).

Señaló que en la audiencia inicial declaró la excepción de la cosa juzgada al encontrarse demostrados los presupuestos legales y jurisprudenciales para el efecto.

Agregó que en ese sentido no era posible desconocer una providencia en firme proferida por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito Judicial de Pasto dentro del proceso 2009-00010-00, fallo que a su vez fue confirmado en segunda instancia por el Tribunal Administrativo de Nariño, razón por la cual el fondo de la litis que el accionante nuevamente plantea se había resuelto.

Por lo anterior, peticionó se nieguen las pretensiones elevadas en el presente amparo constitucional.

Caja de Retiro de las Fuerzas Militares – CREMIL (ff. 35 y 36 frente y reverso).

Indicó que no existe vulneración alguna en relación con la supuesta violación a la seguridad jurídica, la plena aplicación del principio de legalidad y coherencia del ordenamiento jurídico invocado por el accionante, por cuanto uno de los principios de la administración de justicia es la autonomía e independencia de la rama judicial.

En relación con el derecho a la igualdad precisó que no es competencia del juez de tutela examinar las actuaciones procesales surtidas en otros procesos judiciales para determinar en cuál de ellos la decisión se ajustó a derecho.

Expuso que el hecho de no acceder a las pretensiones invocadas por el tutelante no quiere decir que se esté incurrido en una vía de hecho, ya que la prestación reconocida al accionante fue de conformidad a la normativa vigente.

Señaló que la acción no puede ser usada como una tercera instancia, pues el accionante lo que pretende es que se le reconozcan unas peticiones que ya fueron debatidas y sobre las cuales existen pronunciamientos judiciales de fondo; además no se probó un perjuicio irremediable.

Peticionó se decrete la improcedencia de la acción de tutela contra las sentencias judiciales censuradas, pues no fueron falladas de forma caprichosa ni arbitraria, sino con sujeción al ordenamiento jurídico para el caso.

CONSIDERACIONES

Competencia.

La Subsección A, de la Sección Segunda del Consejo de Estado es la

competente para conocer del asunto, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 86 de la Constitución Política y el numeral 2° del artículo 1° del Decreto 1382 de 2000¹, el cual regula que: “[...] Cuando la acción de tutela se promueva contra un funcionario o corporación judicial, le será repartida al respectivo superior funcional del accionado [...]”.

Procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales.

Tratándose de la acción de tutela contra providencias judiciales la postura reiterada y uniforme de la Corte Constitucional² y el Consejo de Estado³ ha sido admitir su procedencia excepcional, siempre que se cumplan los requisitos generales de procedibilidad (exigencias generales) y 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.

Por su parte el Consejo de Estado en sentencia de unificación por importancia jurídica, del 5 de agosto de 2014, con ponencia de Jorge Octavio Ramírez, 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. Veamos:

Requisitos generales: Los requisitos generales de procedibilidad son exigibles en su totalidad, porque la ausencia de alguno de ellos impide el estudio de fondo de la vía de hecho planteada. Ellos son los siguientes: (i) La cuestión que se discute tiene relevancia constitucional; (ii) se agotaron todos los medios de defensa judicial con los que cuenta la persona afectada; (iii) se cumple el requisito de inmediatez; (iv) no se argumentó una irregularidad procesal; (v) se expresaron de manera clara los hechos y argumentos que controvierten la providencia bajo estudio; y; (vi) la providencia objeto de la presente acción no fue dictada dentro de una acción de tutela.

Causales específicas: Las causales específicas de procedencia de la acción de tutela contra providencia judicial son aquellos defectos o errores en los cuales puede incurrir la decisión cuestionada. Son las siguientes⁴: 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 cuando exista 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

¹ Por medio del cual se establecen competencias para el reparto de la acción de tutela.

² Al respecto ver, entre otras, 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.

³ 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.

⁴ Sentencias T-352 de 2012, T-103 de 2014, T-125 de 2012, entre otras.

sin motivación; g) desconocimiento del precedente judicial y h) violación directa de la Constitución Política.

Es importante advertir que si la decisión judicial cuestionada incurrió en una cualesquiera de las causales específicas, podrá ser razón suficiente para el amparo constitucional.

Problema jurídico.

Se aclara que el análisis se realizará únicamente sobre la decisión asumida en segunda instancia el 10 de noviembre de 2016 por el Tribunal Administrativo de Nariño al reunir la condición de despacho órgano de cierre en el presente asunto.

El problema jurídico en esta instancia se puede resumir en la siguiente pregunta:

¿Las autoridades judiciales del primer proceso ordinario reajustaron la base de la asignación de retiro del accionante como así lo disponen los artículos 48 y 53 de la Constitución Política?

1. Derecho de acceso a la administración de justicia

El acceso a la administración de justicia constituye un derecho fundamental de las personas residentes en Colombia para acudir ante los jueces con el fin de proteger o restablecer los derechos que les hayan sido transgredidos.

De lo anterior que los artículos 228 y 229 de la Constitución Política determina que la administración de justicia es función pública y que el Estado debe garantizar el acceso a aquel.

La Corte Constitucional en Sentencia T-283/13 sostuvo que el referido derecho comprende (i) la posibilidad de los ciudadanos de acudir y plantear un problema frente a las autoridades judiciales, (ii) que éste sea resuelto y, (iii) que se cumpla de manera efectiva lo ordenado por el operador jurídico y se restablezcan los derechos lesionados.

De lo expuesto, se colige que el derecho de acceso a la administración de justicia no solamente implica que se permita la interposición de demandas y/o recursos, sino la solución de fondo de la situación que se les pone de presente.

2. El derecho constitucional al reajuste periódico de las pensiones legales.

La Constitución del 91 otorgó un privilegio especial al trabajo en todas sus manifestaciones, para ello estableció una serie de garantías y obligaciones sociales.

Como consecuencia de ello, los artículos 48 y 53 de la Carta Política, definen que la ley será la encargada de determinar “[...] los medios para que los recursos destinados a pensiones mantengan su poder adquisitivo constante[...]” y reafirma el deber del Estado en garantizar el “[...] reajuste periódico de las pensiones legales[...]”.

En relación al reajuste periódico de las pensiones, la Corte Constitucional ha señalado que dicho ajuste tiene por objeto que las mesadas no pierdan su capacidad adquisitiva y así proteger los derechos a la igualdad y al mínimo vital y móvil de las personas que han cesado en la prestación de sus

servicios, que por regla general son adultos mayores o personas de la tercera edad y por lo tanto sujetos de especial protección constitucional.

Sobre este particular, la Corte Constitucional en sentencia T- 020 de 18 de enero de 2011, M.P. Humberto Sierra Porto sostuvo que de manera expresa los artículos 48 y 53 de la Carta Política de 1991 configuran un derecho constitucional de los pensionados a mantener el poder adquisitivo de su mesada pensional, al igual que diversos preceptos de rango constitucional.

Así, en relación con el artículo 48 constitucional indicó que contiene explícitamente un deber constitucional en cabeza del Congreso de la República cuando establece que “[l]a ley definirá los medios para que los recursos destinados a pensiones mantengan su poder adquisitivo constante”; además precisó que dicho artículo fue adicionado por el Acto Legislativo 01 de 2005 que prohibió dejar de pagar, congelar o reducir el valor de la mesada de las pensiones reconocidas conforme a derecho.

En cuanto al artículo 53 constitucional expuso que en el se consagra un deber del Estado Colombiano en garantizar el reajuste periódico de las pensiones legales cuando reza que “[...] El Estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales”.

Sobre lo anterior concluyó entonces que existe un derecho constitucional cuyo titular son los pensionados y su contenido comprende no sólo el pago oportuno de las mesadas pensionales y su reajuste periódico, sino también prohibiciones correlativas como lo son dejar de pagar las mesadas, congelar su valor o reducirlas. En tanto, que el sujeto pasivo de este derecho pueden ser tanto los particulares encargados de pagar las mesadas pensionales o las entidades estatales que cumplan la misma labor.

En este punto, no cabe duda que negar o desconocer el derecho al reajuste de una prestación pensional afectaría gravemente la capacidad de subsistencia de quien se beneficia de ella, al igual que la de su entorno familiar.

Ahora bien, la asignación de retiro fue reconocida como una modalidad de prestación social que se asimila a la pensión de vejez o de jubilación, tal como lo dispuso la Corte Constitucional en sentencia C-432 de 2004⁵.

Así las cosas, no hay razón jurídica que impida, en el caso de las asignaciones de retiro, su incremento o reajuste anual, con el fin de garantizar el mantenimiento del poder adquisitivo de sus mesadas, tal como sucede con una prestación pensional.

3. De la jurisprudencia de la Sección Segunda en relación con el reajuste de las asignaciones de retiro con fundamento en la variación porcentual del IPC.

El artículo 279 de la Ley 100 de 1993 excluyó, entre otros, a los ex servidores de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional del reajuste de sus pensiones como lo disponía el artículo 14 ibídem, esto es, teniendo en cuenta la variación porcentual del IPC certificado por el DANE para el año inmediatamente anterior.

⁵ Sentencia C-432 de 2004 de la Corte Constitucional: “Es una modalidad de prestación social que se asimila a la pensión de vejez y que goza de un cierto grado de especialidad (en requisitos), atendiendo la naturaleza especial del servicio y las funciones que cumplen los servidores públicos a quienes se les reconoce. Se trata, como bien lo afirman los intervinientes, de establecer con la denominación de “asignación de retiro”, una pensión de vejez o de jubilación para los miembros de la fuerza pública, en la medida que el resto del ordenamiento especial de dichos servidores públicos, se limita a regular las pensiones de invalidez y sobrevivientes.”

Así, el método de reajuste utilizado para las asignaciones de retiro tanto de las Fuerzas Militares como de la Policía Nacional debía hacerse como lo disponía el Decreto 1211 de 1990, es decir, mediante la oscilación, según el cual las asignaciones de retiro tendrán en cuenta la totalidad de las variaciones que en todo tiempo se introduzca a las asignaciones que se devengan en actividad.

Sin embargo, a partir de la vigencia de la Ley 238 de 1995, que adicionó el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, los pensionados excluidos de la aplicación de la Ley 100 de 1993 tendrían derecho al reajuste de sus pensiones teniendo en cuenta la variación porcentual del IPC, en la forma dispuesta por el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, en tanto que resultaba más favorable que el previsto anualmente por el Presidente de la República en desarrollo de la Ley 4 de 1992 y los Decretos 1211 y 1212 de 1990.

Bajo estas circunstancias, el personal retirado de la Fuerza Pública comenzó a solicitar en sede judicial el reajuste de las asignaciones de retiro que venían devengando, y es con ocasión de estos reclamos que la Sección Segunda de esta Corporación se ha pronunciado en varias oportunidades⁶, de cuyo desarrollo jurisprudencial se puede resaltar:

i) El reajuste de la asignación de retiro con fundamento en la variación porcentual del IPC será respecto de los años 1997 al año 2004, toda vez que a partir del 1.º de enero de 2005 se implementó nuevamente la aplicación del principio de oscilación a través de la expedición del Decreto 4433 de 2004.

ii) El reajuste ordenado con fundamento en la variación porcentual del IPC, debe reflejar el aumento que debió tener la asignación de haberse utilizado el IPC, lo que incide directamente en el monto de la asignación de retiro a partir del año 2005.

iii) La asignación de retiro constituye una prestación periódica, cuyas mesadas -no el derecho al reajuste de la asignación de retiro- están sujetas al término de prescripción cuatrienal del artículo 174 del Decreto 1211 de 1990.

- Análisis en el caso bajo estudio.

El señor Eliecer Roa Aragonés presentó acción de tutela con el fin de que le sean protegidos sus derechos fundamentales a la igualdad y a la seguridad jurídica, al igual que los principios constitucionales de legalidad y coherencia del ordenamiento jurídico con ocasión de las decisiones adoptadas por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito Judicial de Pasto y el Tribunal Administrativo de Nariño.

Para el efecto, afirmó que las citadas autoridades judiciales no tuvieron en cuenta la jurisprudencia sobre el reajuste de asignación de retiro del personal de la Fuerza Pública al declarar probada la excepción de cosa juzgada y dar por terminado el proceso.

Pues bien, la Subsección advierte que el señor Roa Aragonés instauró demanda de nulidad y restablecimiento del derecho con el objeto que se declare la nulidad del Acto Administrativo 35253 del 15 de octubre de 2006

⁶ Ver entre otras sentencias del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda de fecha: i) sentencia del 17 de mayo de 2007, C.P. Jaime Moreno García, número interno: 8464-05; ii) sentencias de 16 de abril de 2009. C.P. Víctor Alvarado Ardila, Rad. 2048-2008; iii) sentencia del 27 de enero de 2011, C.P. Gustavo Gómez Aranguren, número interno: 1479-09; iv) sentencia del 26 de febrero de 2009, C.P. Bertha Lucía Ramírez de Páez, número interno: 1614-08, v) sentencia del 30 de octubre de 2009, C.P. Gustavo Gómez Aranguren, número interno: 0874-08 y vi) sentencia del 5 de mayo de 2016, C.P. William Hernández Gómez, número interno: 1640-12.

mediante el cual se le negó la reliquidación y reajuste de la asignación de retiro con fundamento en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993 en los años 1997, 1999, 2001, 2002, 2003 y 2004.

A título de restablecimiento del derecho solicitó condenar a CREMIL a: i) reliquidar la asignación de retiro a partir del año 1997 y en adelante aplicando el mayor valor entre el incremento decretado por el Gobierno y el IPC en los años 1997, 1999, 2001, 2002, 2003 y 2004, ii) reajustar la asignación de retiro año por año a partir del año 1997 a la fecha, iii) pagar e indexar los dineros correspondientes a la diferencia que resulte entre la liquidación solicitada y las sumas que fueron canceladas desde el año 1997 hasta la fecha en que le sea reconocido el derecho, iv) pagar los intereses moratorios sobre los dineros provenientes del reconocimiento del porcentaje del IPC (ff. 63 a 76 frente y adverso del expediente).

De igual forma, se desprende que el 4 de septiembre de 2009, el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito Judicial de Pasto profirió sentencia en la que decretó la nulidad del oficio demandado. Así mismo, declaró probada la excepción de prescripción sobre las mesadas causadas con anterioridad al 3 de octubre de 2005, motivo por el cual no ordenó la reliquidación, reajuste y pago de la asignación de retiro para los años 1997, 1999, 2001, 2003 y 2004 y denegó las demás súplicas (ff. 132 a 136 ibídem.).

Por su parte, el 28 de mayo de 2010 el Tribunal Administrativo de Nariño resolvió el recurso de apelación interpuesto por el demandante al confirmar en todas sus partes el fallo proferido en primera instancia (ff. 69 y 74).

También se demostró que el 2 de agosto de 2013 el tutelante presentó ante CREMIL derecho de petición con el que pretendía el reajuste de su asignación de servicios conforme a la variación porcentual del IPC, por cuanto no se realizó el aumento legal a que tenía derecho, lo que generó detrimento en el poder adquisitivo de su prestación, solicitud que fue negada mediante Oficio 2013-47604 del 30 de agosto de 2013 (ff. 2 a 4 frente y adverso del expediente).

Por tal motivo, el 9 de abril de 2014 el señor Roa Aragonés presentó nuevamente medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho en contra de CREMIL con el objeto de declarar la nulidad del Oficio 2013-47604 del 30 de agosto de 2013 proferido por la Subdirectora de Prestaciones Sociales y que le negó el reajuste de la asignación de retiro.

Y a título de restablecimiento del derecho peticionó se condene a CREMIL a: i) liquidar y reajustar la asignación de retiro, ii) pagar las diferencias entre lo pagado y lo que ha debido pagar con respecto a la variación porcentual inflacionaria desde el año 1997 a 2014, i) pagar las sumas indexadas que resulte por concepto del reajuste y desde que se hizo exigible el derecho y hasta que se haga efectivo el pago (ff. 11 a 18 ibídem.).

Así, el 22 de septiembre de 2016, el Juzgado Primero Oral Administrativo del Circuito Judicial de Pasto declaró probada la excepción de cosa juzgada propuesta por la parte demandada, por cuanto ya se había demandado con anterioridad el reajuste de su asignación de retiro con base al índice de precios al consumidor certificado por el DANE. Decisión que fue confirmada el 10 de noviembre de 2016 por el Tribunal Administrativo de Nariño (ff. 138 a 140 y 154 a 158 frente y adverso ibídem.).

Para resolver el caso concreto, esta Subsección lo efectuará a la luz de los artículos 48 y 53 de la Carta Política que definen que la ley será la encargada de determinar “[...] los medios para que los recursos destinados a pensiones

mantengan su poder adquisitivo constante [...]” y reafirma el deber del Estado en garantizar el “[...] reajuste periódico de las pensiones legales [...]”, pues existen razones suficientes para considerar que el no reajuste de las mesadas pensionales del accionantes afecta su derecho al mínimo vital. En consecuencia, se amparará la presente acción constitucional, por los siguientes motivos:

Analizado el caso objeto de estudio se colige que lo pretendido por el accionante desde el momento en que promovió el primer proceso incoado con anterioridad al que hoy es objeto de estudio, no sólo era reconocer la reliquidación de la asignación de retiro con fundamento en el IPC a partir del año 1994 a 2004 y pagar la diferencia que resulte entre la liquidación y las sumas canceladas por concepto del incremento, sino también el reajuste de la base de la liquidación prestacional que le fue reconocida, pues no debe perderse de vista que el reajuste para dichos períodos reflejaría un aumento de la asignación de haberse utilizado el IPC, lo que incide directamente en el monto de la mesada pensional a futuro.

Sin embargo, la decisión adoptada por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito Judicial de Pasto y confirmada por el Tribunal Administrativo de Nariño, omitió dar ordenamiento frente al reajuste de la base de la asignación de retiro en mención, porque consideró que las mesadas causadas con anterioridad al 3 de octubre de 2005 habían prescrito, lo que motivó al accionante a presentar la nueva demanda objeto de estudio.

En esa medida, si bien la autoridad judicial acusada declaró la cosa juzgada al acreditar que el accionante ya había presentado medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho en la que solicitó la reliquidación y reajuste de su asignación de retiro en aplicación a la Ley 238 de 1995 para los años 1997 a 2004, lo cierto es que desconoció el derecho constitucional de mantener a los pensionados el poder adquisitivo de su mesada, consagrado en dos enunciados normativos distintos en la Constitución Política, que a juicio de la Subsección constituye una expresión del principio de Estado Social de Derecho, de la protección especial que establece la Carta Política a las personas de la tercera edad y de los derechos a la igualdad y al mínimo vital y móvil.

Deviene de lo dicho que el reajuste anual de las pensiones tiene pleno sustento constitucional, por cuanto busca garantizar la efectividad del derecho al mínimo vital de los pensionados. Esto por cuanto, permite corregir la desvalorización constante y progresiva de la moneda y mantener el poder adquisitivo de esa prestación económica. De ahí que si una pensión no es reajustada en las condiciones previstas en la ley, se verá reducida o congelada debido a que pierde su poder adquisitivo.

Por ello, dado que el incremento anual de las pensiones busca garantizar que su valor no se deteriore frente al costo de los bienes y servicios que el pensionado requiere, la omisión respecto de tal incremento implica la vulneración de su derecho fundamental al mínimo vital, comoquiera que la posibilidad de acceder a dichos bienes y servicios será más limitada.

En este punto es importante precisar que aunque la autoridad judicial ordinaria accionada goza de autonomía e independencia para el ejercicio de sus funciones y que en sus providencias sólo está sometida al imperio de la Ley; ello debe ocurrir sin que se vean irrespetados los derechos del pensionado a mantener el poder adquisitivo de su mesada pensional, situación que no se logró con las decisiones impartidas dentro del primer proceso ordinario.

Así las cosas, esta Subsección considera que es viable que el accionante pueda deprecar nuevamente el reconocimiento de su derecho al reajuste periódico de la asignación de retiro, en atención al principio de progresividad de los derechos económicos, sociales y culturales, dentro del cual se encuentran las garantías establecidas en los artículos 48 y 53 de la Constitución Política.

Situación distinta sucede respecto a la reliquidación de las pensiones cuando se pretende la inclusión de la totalidad de los factores salariales como así se dispuso en las sentencias de unificación de la Sección Segunda del Consejo de Estado del 4 de agosto de 2010, con radicado 25000-23-25-000-2006-07509-01(0112-09) del C.P. Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila, comoquiera que los factores hacen referencia a todo lo recibido por el trabajador como contraprestación directa de sus servicios.

En tanto, lo que aquí se pretende es el reconocimiento del aumento periódico legal que el Estado debe efectuar sobre las mesadas pensionales reconocidas, con el fin de combatir el hecho notorio de la constante y permanente devaluación de la moneda.

En consecuencia, en el presente asunto no se podría hablar de cosa juzgada cuando las providencias del primer proceso ordinario no ordenaron el reajuste de la asignación de retiro que constitucionalmente protegen los artículos 48 y 53 de la Carta Superior.

Repárese que la presente discusión gira en torno sobre la aplicación del derecho sustancial (reajuste) o el derecho formal (cosa juzgada), interrogante frente al cual la Subsección opta por proteger al pensionado al tratarse un asunto de pronta, cumplida y eficaz administración de justicia, conforme lo determinó el artículo 4º de la Ley 270 de 1996 y el artículo 228 de la Constitución Política. No es más, no es menos, es una cuestión de justicia que el mismo preámbulo de la Carta Magna asegura a los integrantes del pueblo de Colombia.

En ese orden de ideas, la Subsección encuentra que con el auto acusado al declarar la figura jurídica de la cosa juzgada desconoció el derecho de la parte accionante de acceso a la administración de justicia, al reajuste de su mesada pensional y por consiguiente, su derecho al mínimo vital.

Por tanto, se dejará sin efectos la providencia proferida el 10 de noviembre de 2016 por el Tribunal Administrativo de Nariño dentro del expediente 2014-00202.

Así mismo, se le ordenará que dentro de los veinte (20) días siguientes a la ejecutoria de la presente providencia profiera dentro del proceso de la referencia una nueva decisión en la que se tenga en cuenta los argumentos aquí expuestos.

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

F A L L A

Primero: Amparar el derecho fundamental del señor Eliecer Roa Aragonés de acceso a la administración de justicia, al reajuste de su mesada pensional y por consiguiente, su derecho al mínimo vital en la acción de tutela instaurada contra del Tribunal Administrativo de Nariño y otro.

Segundo: Dejar sin efectos la providencia proferida el 10 de noviembre de 2016 por el Tribunal Administrativo de Nariño dentro del expediente 2014-00202.

Tercero: Ordenar al Tribunal Administrativo de Nariño que dentro de los veinte (20) días siguientes a la ejecutoria de la presente providencia profiera una nueva decisión en la que se tenga en cuenta los argumentos aquí expuestos.

Cuarto: La presente decisión podrá ser impugnada dentro de los tres días siguientes a su notificación (art. 31 Dcto. 2591 de 1991). Si esta providencia no fuere impugnada en tiempo oportuno, remítase el cuaderno original de la actuación a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Quinto: Notificar a las partes en la forma prevista en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

Sexto: Hacer las anotaciones correspondientes en el programa “Justicia Siglo XXI”.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ

GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ

RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS

CHC

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN PRIMERA

Bogotá, D.C., ocho (8) de junio de dos mil dieciséis (2016).

CONSEJERO PONENTE: ROBERTO AUGUSTO SERRATO VALDÉS

Radicado número: 11001-03-15-000-2016-00471-00

Actor: PAULINO LÓPEZ ARIAS

**Accionados: JUZGADO ONCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL
CIRCUITO JUDICIAL DE TUNJA Y TRIBUNAL ADMINISTRATIVO
DE BOYACÁ - SALA DE DECISIÓN No. 1**

**Referencia: FALLO DE TUTELA. COSA JUZGADA - MEDIO DE
CONTROL DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO.
NEGACION DE PRESTACIONES PERIÓDICAS. REAJUSTE
ASIGNACIONES DE RETIRO EX MIEMBROS DE LA FUERZA
PÚBLICA CON BASE EN EL IPC**

Procede la Sala a decidir la acción de tutela interpuesta por el ciudadano **PAULINO LÓPEZ ARIAS**, en contra las sentencias proferidas el 2 de febrero y 27 de agosto de 2015, por el **JUZGADO ONCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO JUDICIAL DE TUNJA** y por el **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ – SALA DE DECISIÓN No. 1**, respectivamente, que declararon probada la excepción previa de cosa juzgada.

I. LA SOLICITUD.

El ciudadano **PAULINO LÓPEZ ARIAS** demandó el amparo de sus derechos fundamentales a la vida, a la igualdad, al mínimo vital, a la seguridad social, al acceso a la Administración de Justicia, al desconocimiento del precedente

judicial vertical de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado y al debido proceso, los cuales estima le fueron vulnerados por las sentencias proferidas el 2 de febrero y 27 de agosto de 2015, por el **JUZGADO ONCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO JUDICIAL DE TUNJA** y por el **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ – SALA DE DECISIÓN No. 1**, respectivamente, que declararon probada la excepción previa de cosa juzgada, dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, con radicación número 150013333011-2014-00003-01, promovido por el mismo actor en contra de la **Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional – CASUR**.

II. LOS HECHOS.

II.1. El accionante, ciudadano **PAULINO LÓPEZ ARIAS**, laboró en la Policía Nacional por espacio de 21 años, 11 meses y 17 días.

II.2. Mediante Resolución Nro.3806 de 1994, la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional – **CASUR** le reconoció al accionante su asignación retiro.

II.3. El 31 de octubre de 2007, el accionante solicitó a **CASUR** la reliquidación y el reajuste de la asignación mensual de retiro, con base en lo establecido en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, para los años 1997, 1999, 2001, 2002, 2003 y 2004, en un porcentaje igual al Índice de Precios al Consumidor – IPC, del año anterior; solicitud que fue negada por la entidad, mediante el oficio 9085 OAJ del 20 de noviembre de 2007.

II.4. El 12 de junio de 2008¹, el accionante en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho consagrada en el artículo 85 del Código

¹ Folio 209. Expediente principal – proceso ordinario.

Contencioso Administrativo, instauró demanda en contra de CASUR, solicitando:

“[...] 1. Declarar la nulidad del oficio 9085 OAJ del 20 de noviembre de 2007, expedido por la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional, por medio del cual se negó al demandante la reliquidación y reajuste de la asignación mensual de retiro, con base en lo establecido por el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, correspondiente a los años 1997 en adelante a la fecha, en un porcentaje igual al IPC (Índice de Precios al consumidor) del año anterior.

2. A título de restablecimiento del derecho, ordenar a la demandada que reliquide y reajuste la asignación de retiro del demandante y lo reajustado por IPC, de la siguiente manera: a) por el año 1997, el 2.7611%, b) por el año 1999 el 1.7899%, c) por el año 2002 el 1.6501% y por el 2004 el 0.0001, respectivamente.

3. Se ordene el pago efectivo de los dineros que resulten de aplicar los porcentajes solicitados en el punto anterior [...]”².

II.5. Mediante sentencia de 25 de septiembre de 2009, el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito Judicial de Tunja, negó las pretensiones de la demanda, al considerar que no era procedente el reajuste de la asignación de retiro reconocidas bajo la vigencia del Decreto 12 de 1990, como lo señala el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, “[...] *por cuanto esta prestación no es asimilable a las pensiones para estos efectos, como claramente lo señaló la Corte Constitucional en la sentencia C-941 de 2003 [...]*”³.

II.6. Según informe secretarial que obra en el expediente, de fecha 16 de diciembre de 2009⁴, el recurso de apelación interpuesto por el recurrente el 14 de diciembre de 2009 en contra de la sentencia de 25 de septiembre de 2009 proferida por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito Judicial de Tunja, fue declarado desierto, habida cuenta que el término para sustentarlo se venció el 10 de diciembre de 2009⁵.

² Ibídem

³ Folio 224. Expediente principal proceso ordinario.

⁴ Folio 140. Expediente principal proceso ordinario.

⁵ Folio 32. Expediente principal proceso ordinario.

II.7. El 20 de junio de 2013, el accionante presentó ante **CASUR** un nuevo derecho de petición, con el fin de obtener el incremento de su asignación de retiro, con base en el Índice de Precios al Consumidor – IPC , para los años 1997, 1999, 2001, 2002, 2003 y 2004, cuya respuesta fue dada el 5 de julio de 2013, mediante oficio OAJ 5772.13, mediante el cual se le informó que, a través del oficio OAJ 9085 del 20 de noviembre de 2007, la entidad le había atendido su petición y además le indicó que podía solicitar un audiencia de conciliación ante la Procuraduría General de la Nación, con el fin de “[...] *conciliar el reajuste de su asignación de retiro por los años en los cuales fue inferior el aumento de su prestación al Índice de Precios al Consumidor [...]*”⁶.

II.8. El accionante presentó una nueva demanda ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, para solicitar la nulidad de los actos administrativos que le negaron el incremento a la asignación de retiro con base en el IPC, y a título de restablecimiento del derecho, el reconocimiento y pago de los porcentajes adeudados por ese mismo concepto; proceso que le correspondió al **JUZGADO ONCE ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE TUNJA**, el cual declaró probada la excepción previa de “cosa juzgada” propuesta por CASUR, por cuanto ya se había tramitado otro proceso con las mismas pretensiones⁷.

II.9. La decisión anterior fue apelada por el accionante ante el **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ**, despacho que confirmó el fallo de primera instancia.

II.10. En el escrito de tutela, el accionante expuso las razones por las cuales consideró que fueron vulnerados sus derechos fundamentales y por las cuales

⁶ Folio 52. Expediente de tutela.

⁷ Folio 239. Expediente principal –proceso ordinario.

acudió a solicitar el amparo constitucional, entre las cuales vale la pena destacar, las siguientes:

“[...] a) De tipo constitucional

“[...] De amplio conocimiento es que las asignaciones de retiro de los miembros de la Fuerza Pública en el periodo de 1997 a 2004, han venido siendo reajustadas acorde al Índice de Precios al Consumidor, tal y como se contempla en el artículo 14 parágrafo 4° de la ley 100 de 1993, en concordancia con lo dispuesto en la Ley 238 de 1995. Todo lo anterior, avalado jurisprudencialmente, pero en especial por las lineamientos trazados en la Sentencia C432 de 2004-, en la que se indicó que las asignaciones las - asignaciones de retiro se asemejaban a la pensión de vejez y en especial por lo dispuesto en la, Sentencia de 17 de mayo de. 2007, Radicado 8464-2005 M.P. Jaime Moreno García, Sala Plena de la Sección Segunda en la que se hizo precisiones puntuales sobre la primacía de la favorabilidad de la ley e indicó que la ley 238 de 1995, es más favorable que la ley 4ª. de 1992 y que los decretos 1212 de 1990, por ello debía aplicarse.

El artículo 13 de la Carta consagra que todas las personas Colombianas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato, de las autoridades y gozaran de los mismos derechos (...), al suscrito se le está violando este derecho fundamental, porque no ha sido reconocido ni pagado el incremento en mi asignación con base en el IPC, tal y como ha sido reconocido y pagado a más de 100.000 pensionados integrantes de la Fuerza Pública [...]”⁸.

“[...] b) De tipo jurisprudencial

“[...] La Sentencia de 17 de mayo de 2007, Rad.8464-2005 M.P. Dr. Jaime Moreno García, de la Sala Plena de la Sección Segunda del Consejo de Estado, en la que señaló-que a partir de la vigencia de la ley 238 de 1995: nació el derecho de los pensionados de la -Fuerza Pública a obtener el incremento anual de la asignación con base en el Índice de Precios al Consumidor, por favorabilidad, para los- años en los cuales los aumentos anuales hechos por el Gobierno Nacional fue inferior a este referente inflacionario. Pues bien, este precedente jurisprudencial fue desatendido por el juzgado Segundo Administrativo de Tunja en la sentencia del 25 de septiembre de 2009, radicado 200800161,- en la cual negó las pretensiones de mi demanda presentada inicialmente , en completo desacato y en contravía de las directrices jurisprudencial (sic) del Consejo de Estado , circunstancia desafortunada para mí, porque allí nació el verdadero viacrucis que he soportado en procura de obtener un incremento pensional que legal, Constitucional y Jurisprudencialmente me corresponde.

Por su parte, la Sentencia del Consejo de Estado de 29 de noviembre de 2012, Rad. Interno (sic) 1651-2012, M.P. Dr. Víctor Hernando. Alvarado Ardila, actor Nhora Franco de Beltrán, aducida en la apelación por mi apoderado y que tiene relevancia jurisprudencial porque las Cajas prestadoras de los servicios

⁸ Folio 3. Expediente de tutela. Cuaderno No. 1.

pensionales de la Fuerza Pública, la Procuraduría y el Gobierno Nacional acudieron para aclarar dudas, en especial porque varios Juzgados, para esta fecha todavía emitían diferentes fallos con disímiles interpretaciones concediendo a algunos los reajustes de la asignación con base en el I.P.C. y a otros negando este derecho, como ocurrió con el suscrito. Además para presentar propuestas de conciliación en procura de solucionar estos, inconvenientes presentados con el personal pensionado.

Por la importancia que tuvo para los diferentes entidades y Despachos judiciales. la sentencia arriba enunciada, que ratifica la unificación jurisprudencial y hace claridad de los años-en que debe reconocerse el incremento en la asignación con base en el I.P.C. y los términos prescriptivos que no venían siendo claros, para los intervinientes es que se considera que fue un giro jurisprudencial que materializó y unificó los diferentes pronunciamientos del Consejo de Estado para la concreción de los derechos pensionales de la Fuerza Pública [...]”⁹.

II.12. Con fundamento en tales razones constitucionales y jurisprudenciales el accionante concluye que el Juzgado Segundo Administrativo de Tunja le negó el reconocimiento del reajuste a su asignación de retiro con base en el reconocimiento del IPC, apartándose del precedente jurisprudencial de fecha 17 de mayo de 2007 del Consejo de Estado y de la Sentencia C-432 de 2004, apoyándose en la Sentencia C-923 de 2003, que había sido rectificada, por la propia Corte Constitucional.

II.13. Finalmente, el accionante manifiesta que “[...] *es una persona de la tercera edad, con una pensión que no supera los dos salarios mínimos, que reclama un incremento en la asignación que ha sido reconocido y pagado a todos mis compañeros, al negar este incremento no solo se afecta el mínimo que tengo para subsistir, sino que se viola además el derecho a la igualdad [...]*”¹⁰

III. LAS PRETENSIONES

La parte accionante incluyó como pretensiones de su demanda, las siguientes:

⁹ Folios 1 a 7. Expediente de tutela.

¹⁰ Folio 6. Expediente de tutela. Cuaderno No. 1.

“[...] **PRIMERA:** Tutelar los derechos fundamentales a: Al respeto a la dignidad humana, de sobre (sic) los fines del estado, el derecho a la vida, derecho a la igualdad, protección a la tercera edad, los derechos adquiridos a la seguridad social y protección a la- familia, irrenunciabilidad de los derechos mínimos y más favorables y de la prevalencia del derecho sustancial sobre el procesal.

SEGUNDA: Como consecuencia de la anterior declaración ordene dejar sin efecto la providencia de 27 de agosto de 2015, proferida por el: Tribunal Administrativo de Boyacá Sala de Decisión Nro. 1, dentro del proceso de nulidad y restablecimiento instaurado por el señor PAULINO LÓPEZ ARIAS, contra la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional.

TERCERA: Ordenar al Tribunal Administrativo de Boyacá Sala de Decisión Nro.1 que dentro de un término prudencial emita un fallo en el cual se restablezcan los derechos del accionante [...]”¹¹.

IV. EL TRÁMITE DE LA TUTELA.

El Magistrado Ponente de la Sección Primera del Consejo de Estado, admitió la solicitud de amparo constitucional presentada por el accionante y dispuso su notificación a los Magistrados del **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ, SALA DE DECISIÓN NO. 1.** y a la titular del **JUZGADO ONCE ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE TUNJA**, en su condición de autoridades judicial accionadas. Igualmente, ordenó notificar a la **Caja Se Sueldos de Retiro de la Policía Nacional - CASUR**, como un tercero con interés en las resultas del proceso. A todos se les solicitó que rindieran informes sobre los hechos de la demanda.

V. INTERVENCIÓN DE LAS ENTIDADES DEMANDADAS Y LAS VINCULADAS AL PROCESO.

V.1. EL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ – SALA DE DECISIÓN NO. 1.

¹¹ Folio 7. Expediente de tutela. Cuaderno No. 1.

V.1.1. El Magistrado Ponente del fallo de segunda instancia, proferido dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho con radicación número 11001-03-15-000-2016-00471-00, instaurado por el accionante en contra de **CASUR**, procedió a dar respuesta a la acción de tutela manifestando que debían ser negadas las pretensiones de la demanda y para ello expuso las siguientes razones:

V.1.1.1. La sentencia proferida por el 27 de agosto de 2015 por el **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ, SALA DE DECISIÓN NO. 1**, objeto de reproche en la presente tutela, confirmó la decisión adoptada por el **JUZGADO ONCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO JUDICIAL DE TUNJA**, teniendo en cuenta que se había declarado probada la excepción de “cosa juzgada”, en la audiencia inicial de que trata el artículo 180-6 del CPACA; al encontrar acreditado que sobre la misma causa, por el mismo objeto y con las mismas partes, el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito Judicial de Tunja, se había pronunciado de fondo, mediante sentencia del 25 de septiembre de 2009.

V.1.1.2. El Tribunal accionado encontró que, efectivamente, ya había cursado un proceso de nulidad y restablecimiento del derecho con radicación número 1500131330022008-00161, ante el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito Judicial de Tunja, y que dentro de dicho proceso, se había demandado el mismo oficio No. 9085/OAJ del 20 de noviembre de 2007; y aunque en el nuevo proceso se demandó también el Oficio No. OAJ 5772.13 del 5 de julio de 2013, advierte el Tribunal, que se trató de un acto de mera reiteración de la respuesta dada inicialmente al accionante en el año 2007. A título de restablecimiento del derecho, el accionante solicitó que se reajustara la asignación de retiro con fundamento en el IPC desde el año 1997 hacia

adelante, petición que, igualmente, ya había sido solicitada; con lo cual se presentó una **identidad de objeto**.

V.1.1.3. Frente al segundo requisito para la configuración de cosa juzgada, es decir, la identidad de “*causa petendi*”, el Tribunal accionado adujo que las razones o motivos que sirvieron de fundamento al accionante para solicitar la nulidad del acto acusado en el primer proceso, coincidían en esencia con los expuestos en el segundo proceso adelantado ante el **JUZGADO ONCE ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE TUNJA**; esto es, que en razón a que la asignación de retiro del actor fue reajustada conforme al principio de oscilación, dicho aumento fue inferior al IPC del año inmediatamente anterior, violando el derecho a la igualdad, así como los artículos 14 y 279 de la Ley 100 de 1993, la Ley 238 de 1995 y el precedente señalado en la sentencia C-432 de 2004; concluyendo, de esta manera, que la *causa petendi* del segundo proceso, ya había sido resuelta en la sentencia del Juzgado Segundo Administrativo de Tunja, proferida el día 25 de septiembre de 2009.

V.1.1.4. Finalmente, la autoridad accionada manifestó que si el accionante no estaba de acuerdo con la decisión proferida por el Juzgado Segundo Administrativo, era su deber haber interpuesto y sustentado oportunamente el recurso de apelación, situación que no aconteció, lo que originó que dicha decisión adquiriera firmeza.

VI. CONSIDERACIONES DE LA SALA.

VI.1. Competencia

De conformidad con lo previsto por el numeral 2 del artículo 1° del Decreto 1382 de 2000 en materia de competencia, esta Sala de Decisión es competente para conocer las acciones de tutela interpuestas contra decisiones judiciales de los Tribunales Administrativos.

VI.2. Generalidades de la acción de tutela

El artículo 86 de la Constitución Política, establece la acción de tutela para reclamar ante los jueces, mediante un procedimiento preferente y sumario, la protección inmediata de los derechos fundamentales en los casos en que éstos resultaren vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública, siempre y cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, en armonía con lo dispuesto en el artículo 6° del Decreto 2591 de 1991, a menos que la acción se utilice como mecanismo transitorio, en aras de evitar un perjuicio irremediable.

VI.3. Problema Jurídico a dilucidar.

Corresponde a la Sala examinar, previo análisis de los requisitos procedibilidad de la acción de tutela, si el **JUZGADO ONCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO JUDICIAL DE TUNJA** y el **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ – SALA DE DECISIÓN No. 1**, vulneraron los derechos fundamentales del accionante, a la vida, a la igualdad, al mínimo vital, a la seguridad social, al acceso a la Administración de Justicia, al desconocimiento del precedente judicial vertical de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado, y al debido proceso con ocasión de las sentencias proferidas el 2 de febrero y 27 de agosto de 2015, respectivamente, que declararon probada la excepción previa de cosa juzgada, dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, con radicación número 150013333011-2014-

00003-01, promovido por el mismo accionante en contra de la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional – **CASUR**.

Por lo tanto, la Sala debe establecer si la decisión de declarar la existencia de cosa juzgada (defecto sustantivo por la indebida interpretación de la norma relativa a la excepción de cosa juzgada), desconoció los derechos fundamentales invocados por el ciudadano **PAULINO LOPEZ ARIAS**. El estudio de la Sala se limitará a ese aspecto, pues, de encontrarse que la decisión inhibitoria era irrazonable o caprichosa, será el Tribunal demandado, el que deberá estudiar de fondo el caso del accionante y establecer si era procedente o no ordenar el reajuste su asignación de retiro, con base en el reconocimiento del IPC para los años 1997, 1999, 2001, 2002, 2003 y 2004.

Con base en la consideración anterior, la Sala advierte, también, que si eventualmente se concluye que no se configuró el fenómeno de la cosa juzgada, correspondería al Tribunal accionado, entrar a estudiar de fondo el asunto, incluido el otro defecto sustantivo¹² alegado por el accionante, en cuanto al desconocimiento por parte de las autoridades judiciales enjuiciadas, de los precedentes constitucionales¹³ y legales, sobre el derecho al reajuste de las asignaciones de retiro de los ex miembros de la Fuerza Pública, con base en el reconocimiento del IPC para los años 1997,1999, 2001, 2002, 2003 y 2004.

¹² Ver Corte Constitucional, Sentencia T-360 de 2014. “[...] *Para la jurisprudencia de esta Corporación el desconocimiento, sin debida justificación, del precedente judicial configura un defecto sustantivo, en la medida en que su respeto es una obligación de todas las autoridades judiciales –sea éste precedente horizontal o vertical-, en virtud de los principios del debido proceso, igualdad y buena fe [...]*”.

¹³ Ver Corte Constitucional, Sentencia C432 de 2004 y Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B. Consejero Ponente: Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila. Bogotá D. C., veintinueve (29) de noviembre de dos mil doce (2012). Ref. Expediente No. 250002325000201100710 01-No. Interno: 1651-2012- Actor: Nhora Franco De Beltrán - Autoridades Nacionales.

A fin de resolver tales interrogantes resulta pertinente pronunciarse de manera previa sobre: *i)* la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales; *ii)* los requisitos tanto generales como especiales de procedibilidad de la tutela contra providencias judiciales; *iii)* los presupuestos para la existencia de cosa juzgada; para proceder a: *iv)* resolver el caso concreto.

VI.4. Procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales. Evolución jurisprudencial.

Con ocasión de la tutela instaurada por Nery Germania Álvarez Bello¹⁴, en un asunto que fue asumido por importancia jurídica la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, en sentencia de 31 de julio de 2012, consideró necesario admitir que debe acometerse el estudio de fondo de la acción de tutela cuando se esté en presencia de providencias judiciales, *sin importar la instancia y el órgano que las profiera*, que resulten violatorias de derechos fundamentales, observando al efecto los parámetros fijados hasta el momento jurisprudencialmente y los que en el futuro determine la Ley y la propia doctrina judicial.

VI.5. Requisitos generales y especiales de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales.

Esta Sección adoptó como parámetros a seguir los señalados en la sentencia C-590 de 8 de junio de 2005, proferida por la Corte Constitucional, sin perjuicio de los demás pronunciamientos que esta Corporación elabore sobre el tema.

¹⁴ Radicación: 2009-01328-01(IJ). Consejera Ponente: Dra. María Elizabeth García González.

En la referida sentencia la Corte consideró que “[...] *no obstante que la improcedencia de la acción de tutela contra sentencias es compatible con el carácter de ámbitos ordinarios de reconocimiento y realización de los derechos fundamentales inherente a los fallos judiciales, con el valor de cosa juzgada de las sentencias y con la autonomía e independencia que caracteriza a la jurisdicción en la estructura del poder público; ello no se opone a que en supuestos sumamente excepcionales la acción de tutela proceda contra aquellas decisiones que vulneran o amenazan derechos fundamentales*” (Negrilla fuera del texto).

Por lo anterior, y con el fin de hacer operante la nueva posición jurisprudencial, estableció como **requisitos generales de procedibilidad** de esta acción constitucional, cuando se dirige contra decisiones judiciales: **i)** la relevancia constitucional del asunto; **ii)** el uso de todos los medios de defensa judicial salvo la existencia de un perjuicio irremediable; **iii)** el cumplimiento del principio de inmediatez; **iv)** la existencia de una irregularidad procesal con efecto decisivo en la providencia objeto de inconformidad; **v)** la identificación clara de los hechos causantes de vulneración y su alegación en el proceso, y **vi)** que no se trate de tutela contra tutela.

Además de estas exigencias, la Corte en la mencionada sentencia C-590 de 2005, precisó que era imperioso acreditar la existencia de unos **requisitos especiales** de procedibilidad, que el propio Tribunal Constitucional los ha considerado como las causales concretas que “*de verificarse su ocurrencia autorizan al juez de tutela a dejar sin efecto una providencia judicial*”.¹⁵

Así pues, el juez debe comprobar la ocurrencia de al menos uno de los siguientes defectos: **a)** orgánico; **b)** procedimental absoluto; **c)** fáctico; **d)**

¹⁵ Sentencia T-619 de 2009, Magistrado Jorge Iván Palacio Palacio.

material o sustantivo; **e)** error inducido; **f)** decisión sin motivación; **g)** desconocimiento del precedente; y **h)** violación directa de la Constitución.

De lo expuesto, la Sala advierte que, cuando el juez constitucional conoce una demanda impetrada en ejercicio de la acción de tutela y en la que se alega la vulneración de derechos fundamentales con ocasión de la expedición de una providencia judicial, en primer lugar, debe verificar la ocurrencia de los requisitos generales y, de ser así, en segundo lugar le corresponde examinar si en el caso objeto de análisis se presenta uno de los defectos especiales ya explicados, permitiéndole de esta manera “*dejar sin efecto o modular la decisión*” que se encaje en dichos parámetros¹⁶.

VII. EL CASO CONCRETO.

VII.1. Caso concreto

El ciudadano **PAULINO LÓPEZ ARIAS**, ex miembro de la Policía Nacional, solicitó a la **Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional – CASUR** la reliquidación y el reajuste de la asignación de retiro que le había sido reconocida en el año 1994.

El accionante presentó demanda de acción de nulidad y restablecimiento, solicitando la nulidad del oficio No. 9085 OAJ del 20 de noviembre de 2007, expedido por **CASUR** y la reliquidación y reajuste de la asignación de retiro del demandante con base en el IPC para los años 1997, 1999, 2001, 2002, 2003 y 2004.

¹⁶ Ver Corte Constitucional, Sentencia T- 225 del 23 de marzo de 2010, Magistrado Ponente: Dr. Mauricio González Cuervo.

Mediante sentencia de 25 de septiembre de 2009, el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito Judicial de Tunja, negó las pretensiones de la demanda. Frente a dicha sentencia, el accionante presentó en forma extemporánea el recurso de apelación.

El 20 de junio de 2013, el accionante elevó ante **CASUR** otro derecho de petición, con el fin de solicitar nuevamente el incremento de su asignación de retiro; dicha entidad le respondió el 5 de julio de 2013, mediante oficio OAJ 5772.13, negándole dicha petición e indicándole que su petición ya había sido atendida en el 2007 y que podía solicitar una audiencia de conciliación ante la Procuraduría General de la Nación.

El accionante presentó una nueva demanda en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, con radicación número 11001-03-15-000-2016-00471-00, con el fin de obtener el reconocimiento y pago de los porcentajes adeudados a su asignación de retiro por concepto de IPC, y en sentencia primera instancia, de fecha 2 de febrero de 2015, el **JUZGADO ONCE ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE TUNJA** declaró que se había configurado el fenómeno de la cosa juzgada, por cuanto ya se había tramitado otro proceso con las mismas pretensiones. La decisión fue apelada por el accionante ante el **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ**, despacho que confirmó el fallo de primera instancia mediante sentencia de 27 de agosto de 2015. El accionante consideró vulnerados sus derechos fundamentales con ocasión de la expedición de los dos fallos anteriormente citados.

Por lo anteriormente expuesto, resulta necesario analizar si se reúnen los requisitos expuestos por la jurisprudencia de la Corte Constitucional y de esta Sala, para la procedencia de la acción de tutela frente a decisiones judiciales.

VII.2. Observancia de los requisitos generales de procedencia de la tutela contra providencias judiciales.

El presente asunto ostenta **relevancia constitucional**, porque se refiere al alcance de los derechos fundamentales a la vida, a la igualdad, al mínimo vital, a la seguridad social, al acceso a la Administración de Justicia, al reconocimiento del precedente judicial vertical de las Altas Cortes y al debido proceso. Además, lo resuelto en el presente fallo, tiene una incidencia en las acciones de tutela que se presentan en contra de providencias judiciales que declaran la cosa juzgada.

En cuanto a la **subsidiariedad** ésta encuentra satisfecha pues el accionante no cuenta con otro medio de defensa judicial, distinto a la tutela, para la protección de los derechos fundamentales presuntamente conculcados por las sentencias enjuiciadas y se advierte que los recursos extraordinarios de revisión y unificación no tienen cabida en el *sub examine*.

En cuanto a la **inmediatez** ha de recordarse que expresamente no existe un término de caducidad fijado para la presentación de la tutela lo que, en principio, permite aseverar que puede ser ejercida en cualquier tiempo. Sin embargo, la jurisprudencia constitucional ha considerado que dada su naturaleza protectora, reivindicadora y cautelar, el amparo de derechos fundamentales que se estiman conculcados debe ser solicitado en un plazo razonable dentro del cual se presume que su afectación es inminente y realmente con potencialidad de producir un daño palpable e irreparable, pues con ella se persigue la protección **inmediata** de derechos constitucionales fundamentales. Pensar de otra manera constituye un desconocimiento del

alcance jurídico dado por el Constituyente a la acción de tutela y desvirtúa su fin de protección actual, inmediata y efectiva de derechos.

Las providencias judiciales cuestionadas en la presente acción de tutela, corresponden a las proferidas el 2 de febrero y 27 de agosto de 2015, por el **JUZGADO ONCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO JUDICIAL DE TUNJA** y el **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ – SALA DE DECISIÓN No. 1**, respectivamente, siendo esta última notificada por estado del 28 de agosto de 2015¹⁷, mientras que la solicitud de amparo constitucional se presentó el 17 de febrero de 2016.

Por lo anteriormente señalado, el **requisito de inmediatez** se encuentra satisfecho en la presente acción de tutela, pues la interposición del amparo constitucional se hizo dentro del término razonable que trata la jurisprudencia constitucional, frente a providencias judiciales.

De otra parte, cabe destacar que la situación que generó la vulneración de derechos fundamentales fue debidamente puntualizada en el escrito de tutela¹⁸. Además, que tampoco se trata de tutela contra tutela y no se configura ninguno de los supuestos de la SU-627 de 1º de octubre de 2015, que habilitó su procedencia en casos excepcionales.

Finalmente, la irregularidad manifestada por el accionante **es de naturaleza procesal** (defecto sustantivo por la indebida interpretación de la norma relativa a la excepción de cosa juzgada), que de ser cierta, afecta la decisión de fondo porque tiene un efecto decisivo y determinante en la sentencia.

¹⁷ Folio 252. Expediente principal.

¹⁸ Corte Constitucional, sentencias T-088 de 1999 (MP José Gregorio Hernández Galindo) y SU-1219 de 2001 (MP Manuel José Cepeda Espinosa, SV Clara Inés Vargas Hernández).

Como consecuencia de lo anterior, y antes de revisar si se cumple alguno de los requisitos especiales de procedibilidad establecidos en la sentencia C-590 de 2005 de la Corte Constitucional, estima la Sala pertinente referirse a la **figura de la cosa juzgada**, en aras de dar claridad al asunto planteado.

VII.3. Los presupuestos para la existencia de cosa juzgada

Según la Corporación, “[...] *En términos generales, el fenómeno de la cosa juzgada opera cuando mediante decisión de fondo, debidamente ejecutoriada, la jurisdicción ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre la causa petendi juzgada en proceso posterior. Como tal, dicha figura jurídica impide que se expidan pronunciamientos futuros sobre el mismo asunto, dada su previa definición o juzgamiento a través de providencias en firme, en clara salvaguarda de la seguridad jurídica [...]*”¹⁹

Como tal, dicha figura jurídica impide que se expidan pronunciamientos futuros sobre el mismo asunto, dada su previa definición o juzgamiento a través de providencias en firme, en aras de la protección de la seguridad jurídica.

Esta figura procesal, encuentra su fundamento legal en el artículo 189 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo - CPACA²⁰, disposición que reguló los efectos de las decisiones judiciales en firme, proferidas en los procesos de la jurisdicción contencioso administrativa. La norma es del siguiente tenor:

¹⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta. Consejera ponente: Carmen Teresa Ortiz de Rodríguez. Bogotá D. C, veintitrés (23) de junio del dos mil once (2011). Radicación número: 25000-23-27-000-2004-02100-01(16770). Actor: Felipe Gómez Ospina. Demandado: Distrito Capital

²⁰ Ley 1437 De 2011.

“[...] **Artículo 189. Efectos de la sentencia.** La sentencia que declare la nulidad de un acto administrativo en un proceso tendrá fuerza de cosa juzgada *erga omnes*. La que niegue la nulidad pedida producirá cosa juzgada *erga omnes* pero solo en relación con la causa *petendi* juzgada. Las que declaren la legalidad de las medidas que se revisen en ejercicio del control inmediato de legalidad producirán efectos *erga omnes* solo en relación con las normas jurídicas superiores frente a las cuales se haga el examen.

[...]

La sentencia dictada en procesos relativos a contratos, reparación directa y cumplimiento, producirá efectos de cosa juzgada frente a otro proceso que tenga el mismo objeto y la misma causa y siempre que entre ambos haya identidad jurídica de partes.

La sentencia proferida en procesos de restablecimiento del derecho aprovechará a quien hubiere intervenido en ellos y obtenido esta declaración a su favor.

Las sentencias ejecutoriadas serán obligatorias y quedan sometidas a la formalidad del registro de acuerdo con la ley [...].”

En los anteriores términos quedó consagrada la forma en que opera la “cosa juzgada” en los medios de control de nulidad, nulidad y restablecimiento del derecho, contractuales, de reparación directa y de cumplimiento.

Por su parte, el Código General del Proceso, en cuanto al tema de los efectos de la cosa juzgada, estableció lo siguiente:

“[...] **Artículo 303. Cosa juzgada.** La sentencia ejecutoriada proferida en proceso contencioso tiene fuerza de cosa juzgada siempre que el nuevo proceso verse sobre el mismo objeto, se funde en la misma causa que el anterior y entre ambos procesos haya identidad jurídica de partes.

Se entiende que hay identidad jurídica de partes cuando las del segundo proceso son sucesores por causa de muerte de las que figuraron en el primero o causahabientes suyos por acto entre vivos celebrado con posterioridad al registro de la demanda si se trata de derechos sujetos a registro, y al secuestro en los demás casos.

En los procesos en que se emplace a personas indeterminadas para que comparezcan como parte, incluidos los de filiación, la cosa juzgada surtirá efectos en relación con todas las comprendidas en el emplazamiento.

La cosa juzgada no se opone al recurso extraordinario de revisión.

En esta misma dirección, la Corte Constitucional se ha pronunciado sobre los alcances de la figura de la “cosa juzgada”, en los siguientes términos:

“[...] La administración de justicia como función pública, tiene la finalidad de contribuir a la resolución de los conflictos que puedan suscitarse entre los particulares, entre éstos y el Estado y/o entre las distintas entidades estatales. Las decisiones que adoptan los jueces como administradores de justicia, buscan poner punto final a las diversas controversias. Por tanto, dichas soluciones hacen tránsito a cosa juzgada, es decir, que una vez el juez natural del asunto debatido tome una decisión, ésta resulta inmutable, vinculante y definitiva, por consiguiente, los funcionarios judiciales no pueden pronunciarse o decidir sobre un caso que previamente fue resuelto en el marco de un proceso judicial.

En efecto, la cosa juzgada propende por la seguridad jurídica y la certeza del derecho debatido, en la medida en que evita que se reabra el estudio de un asunto que anteriormente fue examinado y decidido por un juez de la República, y asegura la estabilidad y certidumbre de los derechos que son declarados o reconocidos a través de una sentencia en firme.

[...]

Con fundamento en estas características, la Corte ha señalado que la institución de la cosa juzgada cumple al menos dos funciones: una negativa, que consiste en prohibir a los funcionarios judiciales conocer, tramitar y fallar sobre lo ya resuelto, y una función positiva, que es proveer seguridad a las relaciones jurídicas²¹.

Así las cosas, para que se pueda hablar de la existencia de cosa juzgada, **es necesario que la controversia que se lleva hasta las instancias judiciales verse sobre los mismos hechos y las mismas pretensiones discutidos previamente en un proceso judicial, y que sean las mismas partes (demandante y demandado) quienes reabran la discusión del asunto que fue fallado en una sentencia judicial en firme.** (Negrillas fuera de texto)

Ahora, si bien se ha planteado que la cosa juzgada le da estabilidad a las relaciones jurídicas, por lo que, ante las mismas partes, los mismos hechos y las mismas pretensiones, no se puede hacer uso del aparato jurisdiccional para volver a debatir un asunto que fue fallado previamente por un juez, lo cierto es que resulta posible que, existiendo identidad de partes e identidad de pretensión, si los hechos resultan distintos o nuevos, se abra la posibilidad de discutir nuevamente el caso decidido [...]”²².

²¹ Corte Constitucional. Sentencia C- 220 de 2011. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub

²² Corte Constitucional. Sentencia T-352 de 2012. Referencia: expedientes T-2864427 y T- 2899574. Acción de tutela instaurada por William de Jesús Restrepo contra la Sala Cuarta de Decisión de Familia del Tribunal Superior de Medellín y Juan contra la Sala de Decisión de Familia del Tribunal Superior de Bogotá. Magistrado Ponente: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. Bogotá D.C., quince (15) de mayo de dos mil doce (2012).

Ha sido pues la jurisprudencia de los órganos de cierre de la jurisdicción constitucional y de la contencioso administrativa, la encargada de definir el alcance de la identidad entre los procesos ante los que se quiere declarar la ocurrencia de la cosa juzgada, porque lo que se quiere es impedir que los hechos o conductas, debatidos y resueltos en un determinado proceso judicial, vuelvan a ser discutidos por otro funcionario en un juicio posterior.

Tradicionalmente la cosa juzgada se ha estructurado, según la jurisprudencia, alrededor de la triple identidad de sujetos (partes), objeto (pretensiones) y causa (fundamentos y hechos). A partir de ella, se determina en qué eventos la jurisdicción debe abstenerse de pronunciarse nuevamente sobre un asunto ya resuelto²³, pues de lo contrario se dejaría sin respaldo la confianza de quienes participaron en el proceso inicial, así como la depositada por la colectividad en sus autoridades judiciales para la solución regular, eficaz y definitiva de los conflictos sometidos a su conocimiento²⁴.

En relación con esa triple identidad que estructura la cosa juzgada y que excluye nuevos procesos sobre situaciones jurídicas ya definidas, la Corte Constitucional ha señalado lo siguiente:

“[...] Para que una decisión alcance el valor de cosa juzgada se requiere:

- **Identidad de objeto**, es decir, la demanda debe versar sobre la misma pretensión material o inmaterial sobre la cual se predica la cosa juzgada. Se

²³ Ver sobre este tema el artículo 304 del Código General del Proceso. Artículo 304. Sentencias que no constituyen cosa juzgada. No constituyen cosa juzgada las siguientes sentencias:

1. Las que se dicten en procesos de jurisdicción voluntaria, salvo las que por su naturaleza no sean susceptibles de ser modificadas.// 2. Las que decidan situaciones susceptibles de modificación mediante proceso posterior, por autorización expresa de la ley.// 3. Las que declaren probada una excepción de carácter temporal que no impida iniciar otro proceso al desaparecer la causa que dio lugar a su reconocimiento.

²⁴ Sentencias C- 548 de 1997, M.P. Carlos Gaviria Díaz y C-004 de 2003, M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

presenta cuando sobre lo pretendido existe un derecho reconocido, declarado o modificado sobre una o varias cosas o sobre una relación jurídica. Igualmente se predica identidad sobre aquellos elementos consecuenciales de un derecho que no fueron declarados expresamente;

- **Identidad de causa petendi** (*eadem causa petendi*), es decir, la demanda y la decisión que hizo tránsito a cosa juzgada deben tener los mismos fundamentos o hechos como sustento. Cuando además de los mismos hechos, la demanda presenta nuevos elementos, solamente se permite el análisis de los nuevos supuestos, caso en el cual, el juez puede retomar los fundamentos que constituyen cosa juzgada para proceder a fallar sobre la nueva causa;

- **Identidad de partes**, es decir, al proceso deben concurrir las mismas partes e intervinientes que resultaron vinculadas y obligadas por la decisión que constituye cosa juzgada [...]”²⁵

En ese mismo sentido el Consejo de Estado ha indicado:

“[...] La cosa juzgada, constituye entonces un medio exceptivo que para su prosperidad se requiere de la conjunción de los siguientes factores: **Identidad de objeto** (sobre qué recae el litigio): que las pretensiones en el nuevo proceso correspondan a las mismas que integraban el *petitum* del primer proceso en el que se dictó la decisión. **Identidad de causa** (por qué el litigio): Que el motivo o razón que sustenta la primera demanda, se invoque nuevamente en una segunda; e **identidad de partes**: que se trate de unas mismas personas que figuren como sujetos pasivo y activo de la acción [...]”²⁶.

Se concluye que, tal y como ha sido reconocido legal y jurisprudencialmente, se configura la figura procesal de la cosa juzgada, cuando le es asignado a determinado despacho judicial, un nuevo proceso en el que concurren identidad jurídica de partes, de causa y de objeto, respecto de uno que ya fue resuelto con anterioridad por otro despacho judicial.

VII.4. Del defecto sustantivo por indebida interpretación de las normas relativas a la ocurrencia de la cosa juzgada.

²⁵ Sentencia C-774 de 2001, M.P. Rodrigo Escobar Gil. Aclaración de voto del Magistrado Manuel José Cepeda Espinosa.

²⁶ Sentencia del 23 de enero de 2005, Sección Cuarta, M.P. Juan Ángel Palacio Hincapié. También puede verse la Sentencia T-162 de 1998.

De los hechos enunciados por el accionante, se infiere que uno de los defectos alegado es el sustantivo, por indebida aplicación e interpretación de las normas relativas a la ocurrencia de la cosa juzgada, por lo que se precisaron las circunstancias en las que acaece este defecto, de conformidad con la jurisprudencia.

Sobre este defecto, la Corte Constitucional se ha pronunciado en la siguiente forma:

“[...] Existe un defecto sustantivo en la decisión judicial cuando la actuación controvertida desconoce una ley adaptable al caso o se funda en una norma indiscutiblemente inaplicable, ya sea porque **(i)** la norma perdió vigencia por cualquiera de las razones de ley, **(ii)** es inconstitucional, **(iii)** o porque el contenido de la disposición no tiene conexidad material con los presupuestos del caso. También puede darse en circunstancias en las que a pesar del amplio margen interpretativo que la Constitución le reconoce a las autoridades judiciales, se produce **(iv)** un grave error en la interpretación de la norma, el cual puede darse por desconocimiento de sentencias con efectos *erga omnes* o cuando la decisión judicial se apoya en una interpretación contraria a la Constitución. En aquellas ocasiones en que por vía de tutela se pretende atacar un fallo por esta causal, debe entenderse que el mismo implica, además de la vulneración del debido proceso, el desconocimiento del derecho a la igualdad [...]”²⁷.

El **defecto sustantivo**²⁸ se presenta, entonces, cuando la decisión que toma el juez desborda el marco de acción que la Constitución y la Ley le reconocen, al apoyarse en una norma evidentemente inaplicable al caso concreto, bien sea, entre otras, “porque, a pesar de estar vigente y ser constitucional, no se adecua a la circunstancia fáctica a la cual se aplicó, porque a la norma empleada, por ejemplo, se le reconocen efectos distintos a los expresamente señalados por el legislador.” (Subraya fuera de texto original)

²⁷ Corte Constitucional, Sentencia T-464/11. Referencia: expediente T-2897707. Acción de tutela instaurada por el Instituto Colombiano para el Fomento de la Educación Superior (ICFES) contra el Tribunal Administrativo del Cauca y el Juzgado Sexto Administrativo de Popayán. Magistrado Ponente: Jorge Iván Palacio Palacio. Bogotá, D.C., nueve (9) de junio de dos mil once (2011).

²⁸ Sentencia T-064 de 2010. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

El reconocimiento de la ocurrencia de un defecto sustantivo no significa que se esté desconociendo la autonomía de las autoridades judiciales para interpretar y aplicar las normas jurídicas, por el contrario, se reconoce y resalta la importancia del principio de autonomía e independencia judicial pero se pone de presente que, esa atribución que tienen los jueces, es reglada, emanada de la función pública de administrar justicia, la cual se encuentra limitada por el orden jurídico preestablecido y por la jurisprudencia.

Se precisa que, los jueces, pese a su autonomía para elegir las normas jurídicas pertinentes a un caso concreto y determinar su forma de aplicación, para establecer la manera de interpretar e integrar el ordenamiento jurídico, no les es dable apartarse de las disposiciones de la Constitución o la ley.

En tal virtud, para administrar justicia deben sujetarse a los contenidos, postulados y principios constitucionales de forzosa aplicación, tales como, el de prevalencia del derecho sustancial sobre las formas, el de favorabilidad, el *pro homine*, entre otros.

Es por lo anterior que la jurisprudencia ha restringido la configuración del **defecto sustantivo** cuando éste se estructura a partir de la interpretación que el juez ordinario ha dado a la disposición legal, debido a que, le está vedado al juez constitucional configurar el defecto sustantivo a partir de la elección realizada por el operador judicial, cuando la escogencia se ha efectuado entre interpretaciones constitucionalmente admisibles.

Al respecto, en la sentencia T-1001 de 2001 la Corte explicó:

“[...] En materia de interpretación judicial, los criterios para definir la existencia de una vía de hecho son especialmente restrictivos, circunscritos de manera concreta a la actuación abusiva del juez y flagrantemente contraria al derecho. El hecho de que los sujetos procesales, los particulares y las distintas autoridades judiciales no coincidan con la interpretación acogida por el operador jurídico a quien la ley asigna la competencia para fallar el caso concreto, o no la compartan, en ningún caso invalida su actuación ya que se trata, en realidad, de “una vía de derecho distinta” que, en consecuencia, no es posible acomodar dentro de los requisitos de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales. De esta manera, queda a salvo, pues, el respeto por el principio democrático de la autonomía funcional del juez que reserva para éste, tanto la adecuada valoración probatoria como la aplicación razonable del derecho [...].” (Subraya fuera de texto original)

Sin embargo, la jurisprudencia constitucional ha reconocido que, en especiales circunstancias sí se presenta la ocurrencia del defecto sustantivo por interpretación de normas, por lo que en la sentencia T-462 de 2003, determinó que:

“[...]En otras palabras, una providencia judicial adolece de un defecto sustantivo (i) cuando la norma aplicable al caso es claramente inadvertida o no tenida en cuenta por el fallador , (ii) cuando a pesar del amplio margen interpretativo que la Constitución le reconoce a las autoridades judiciales, la aplicación final de la regla es inaceptable por tratarse de una interpretación contraevidente (interpretación contra legem) o claramente perjudicial para los intereses legítimos de una de las partes (irrazonable o desproporcionada), y finalmente (iii) **cuando el fallador desconoce las sentencias con efectos erga omnes tanto de la jurisdicción constitucional como de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, cuyos precedentes se ubican en el mismo rango de la norma sobre la que pesa la cosa juzgada respectiva.** [...]”²⁹.

En el caso *sub lite*, el accionante alega, precisamente, la ocurrencia de un defecto sustantivo por la errónea interpretación de la ocurrencia de la cosa juzgada (de que trata el artículo 189 del CPACA), en el proceso ordinario de nulidad y restablecimiento del derecho con radicación número 1500-13-33-3011-2014-00003-01; y es por ello, que se hace necesario analizar, tanto la sentencia del 27 de agosto de 2015, proferida por el Tribunal Administrativo del

²⁹ Corte Constitucional, T-463/03, Referencia: expediente T-689211. Acción de tutela instaurada por Amira Rosa Corrales Cárdenas contra el Tribunal Superior de Sincelejo (Sala Civil Familia Laboral), el Banco Ganadero y el Seguro Social. Magistrado Ponente: Dr. Eduardo Montealegre Lynett. Bogotá D.C., cinco (5) de junio de dos mil tres (2003).

Boyacá. Sala de Decisión No. 1³⁰, como el fallo de 25 de septiembre de 2009, del Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Tunja, con radicación número 2008-00161.

En tal dirección, la Sala advierte que si bien existe identidad de partes, se debe proceder a determinar si se configuran los otros elementos, para que se predique la ocurrencia de la cosa juzgada; es decir, la identidad de objeto y de causa.

Para determinar si le asiste o no razón al accionante, la Sala analizará, en primer término, los dos componentes respecto de la identidad de objeto de las dos sentencias; es decir, el *petitum* y la parte resolutive de la sentencia.

En lo relativo al *petitum* se tiene que, no obstante que en ambos procesos el accionante solicitó a CASUR pronunciarse sobre el reajuste de su asignación de retiro con base en el Índice de Precios al Consumidor, de conformidad con el artículo 14 de la Ley 100 de 1993 y la Ley 238 de 1995, para los años 1997 en adelante; lo cierto es que se pide que se declare la nulidad de actos administrativos diferentes³¹, y, en tal virtud, la parte resolutive de las sentencia no puede ser la misma.

Para mayor ilustración, se hace un cuadro comparativo entre las dos sentencias:

	Juzgado 2º Administrativo de	Juzgado Once Administrativo
--	------------------------------	-----------------------------

³⁰ La Sala no estima necesario estudiar la sentencia de primera instancia, pues guarda identidad argumentativa con la de segunda instancia.

³¹ En el primer proceso 2008-00161, se solicitó la nulidad del Oficio N° OAJ 9085 de 20 de noviembre de 2007, proferido por CASUR; mientras que, en el segundo proceso, se demandó la nulidad de los oficios Nos. OAJ 5772.13 de 5 de julio de 2013 y el primer oficio, es decir, el OAJ 9085 de 20 de noviembre de 2007, expedido también por CASUR.

	Tunja, Radicación número 2008-00161.	Oral del Circuito Judicial de Tunja. Radicación 2014-00003-00, confirmada por la sentencia del Tribunal Administrativo de Boyacá, Sala de Decisión No. 1. Radicación No. 2014-00003-01
Demandante	PAULINO LÓPEZ ARIAS	PAULINO LÓPEZ ARIAS
Demandado	CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE LA POLICÍA NACIONAL – CASUR	CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE LA POLICÍA NACIONAL – CASUR
Pretensiones	“1. Declarar la nulidad del oficio número OAJ- 9085 de 20 de noviembre de 2007, expedido por la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional, por medio del cual se negó al demandante la reliquidación y reajuste de la asignación mensual de retiro, con base en lo establecido por el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, correspondiente a los años 1997 en adelante, en un porcentaje igual al IPC (Índice de Precios al Consumidor) del año anterior. 2. A título de restablecimiento del derecho ordenar a la demandada que reliquide y reajuste la asignación de retiro del demandante, adionándole los porcentajes correspondientes a los dejados de percibir entre el demandante y lo reajustado por IPC, de la siguiente manera: a) por el año de 1997 el 2.7611%; b) por el año de 1999 el 1.7899%, c) por el año 2002 el 1.6501% y por el 2004 0.0001%, respectivamente [...]”	“PRIMERA: Que se declare la NULIDAD de los actos administrativos números OAJ 5772.13 de 5 de julio de 2013 y 9085 de fecha 20 de noviembre de 2007, proferidos por el Director de la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional y en los cuales me responde negativamente lo solicitado en las peticiones, (sic) del accionante tendiente a incrementar su asignación de retiro en los términos, formas y cuantías determinadas en los artículos 14 y 279 parágrafo 4º de la Ley 100 de 1993 y Ley 238 de 1995. SEGUNDA: Como consecuencia de la anterior declaración, la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía reajuste y pague al actor en su asignación de retiro los valores dejados de cancelar por haber hecho incrementos salariales por deba de(sic) Índice de Precios al Consumidor (I.P.C.) a partir del 1º de enero de 1997, así: 1997 -2-2761%, 2002-1.65%, 2004-0.1% y 2005-0.1%, adicionándole los porcentajes correspondientes a la diferencia existente entre el aumento efectuado por el Gobierno Nacional y la variación porcentual del (I.P.C.) en los años y porcentajes antes indicados, incrementando la asignación de manera cíclica y futura, año por año, en forma ininterrumpida hasta incluir en nómina el 6.46% con los nuevos valores tomándose como referencia la diferencia indicada en el siguiente demostrativo: AÑOS BÁSICO –PORCENTAJE FALTANTE 1997 \$294.462 + 2.761% 1998 \$347.361 + 2.761% [...] 2012 \$835.083 +6.46% 2013 \$864.224 + 6.46%

De la anterior revisión la Sala observa que, en el caso en estudio, no puede predicarse que el *petitum* de los dos procesos sea **idéntico**, como lo exige la jurisprudencia, teniendo en cuenta dos aspectos que tienen toda la relevancia del caso: el primero, es que efectivamente se trata de la nulidad de dos actos administrativos diferentes, como se demostrará a continuación y, el segundo, que a título de restablecimiento del derecho, lo que se solicita en el último de los procesos mencionados es diferente, pues el demandante accionante consignó el cálculo del reajuste que reclama y al que tendría derecho, desde el año 1997 al 2013.

Esta última petición de restablecimiento del derecho cobija el reajuste de las mesadas hasta el momento en que fue presentado el derecho de petición e interpuesta la nueva demanda, frente a las cuales opera la prescripción cuatrienal, lo cual denota una diferencia importante con la primera petición, como precisamente lo registra la titular del Juzgado Once Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja, en el acta de la audiencia inicial de 19 de enero de 2015, dentro del proceso con radicación número 2014-00003-00, en la que decidió no analizar este tema por considerarlo accesorio frente al tema de la presunta operancia de la caducidad, al manifestar que “[...] ***si bien es cierto el derecho a la asignación de retiro es imprescriptible es decir, no es susceptible de la prescripción extintiva, las mesadas pensionales no se hayan amparadas por esa imprescriptibilidad, por el contrario se subsumen en el régimen prescriptivo cuatrienal*** [...]”.

Se tiene entonces, que los dos actos administrativos enjuiciados en los dos procesos ordinarios de nulidad y restablecimiento del derecho, tampoco son idénticos, cuestión que se ilustrará en lo pertinente, a continuación:

OFICIO OAJ 9085 de noviembre 20 del 2007	Oficio OAJ 5772.13 DE JULIO 5 DE 2013
"[...] Adicionalmente la Corte Constitucional en Sentencia C-941 de octubre de 2003, al pronunciarse sobre la demanda de inconstitucionalidad del artículo 151 del decreto 1212 de 1990 Estatuto del personal Oficiales y Suboficiales de la Policía Nacional, concretamente la expresión "en todo tiempo" con ponencia del Magistrado Álvaro Tafur Galvis, de manera clara expuso que los regímenes exceptuados como el de la fuerza Pública se rigen por las normas que en tal sentido expida el gobierno Nacional sin que pueda apelarse a derechos consagrados en el régimen general, que no es equitativo que una persona se beneficie de un régimen especial, por ser este globalmente superior al sistema general de seguridad pero que al mismo tiempo el usuario pretenda que se le extienda todos los aspectos puntuales en que la regulación general sea más benéfica. Por lo anteriormente expuesto no es posible acceder a su petición [...]"³².	"[...] En atención a la solicitud del asunto, me permito informarle que con oficio No. 9085 del 20 de Noviembre de 2007, se atendió su petición relacionada con el I.P.C. [...] "[...] <u>De otra parte, si el señor retirado lo estima pertinente, puede convocar a una audiencia ante las procuradurías delegadas, con el fin de conciliar el reajuste de su asignación de retiro por los años en los cuales fue inferior el aumento de su prestación al índice de precios al consumidor. Una vez radicada la solicitud ante la respectiva procuraduría deberá radicarla ante la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional.</u> <u>Lo anterior, en cumplimiento a la política de Gobierno mediante la cual se definió solucionar la problemática del I.P.C. mediante el proceso de Conciliación directo con cada afiliado, aplicando las directrices establecidas.</u>

En cuanto a la identidad de causa, debe resaltarse que la respuesta dada por **CASUR** al segundo derecho de petición es diferente, y considera la Sala que esto responde a un **hecho nuevo** y es precisamente, "[...] la política de Gobierno mediante la cual se definió solucionar la problemática del I.P.C. mediante el proceso de Conciliación directo con cada afiliado, aplicando las directrices establecidas [...]"³³ por parte el mismo y a instancias de la gestión de la Procuraduría General de la Nación, de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado y del Ministerio de Hacienda y Crédito Público³⁴.

³² Folio 15. Expediente proceso ordinario.

³³ Ver respuesta al segundo derecho de petición, acto administrativo demandado.

³⁴ Ver "**Cartilla Instructiva de Conciliación prejudicial y Judicial Personal Uniformado Retirado de la Fuerza Pública hasta el año 2004**" elaborada por el Ministerio de Defensa Nacional Ejército – Policía Nacional, CASUR y CREMIL en el año 2013. Mediante esta política pública adoptada por el Gobierno Nacional, se le informó al personal de la reserva de las Fuerzas Militares y la Policía Nacional retirado pensionado o con asignación de retiro del mecanismo adoptado por el Ministerio de Defensa Nacional, la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, la Policía Nacional y la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional para reconocer directamente a través de la conciliación el reajuste de las asignaciones de retiro y de las pensiones de los años 1997, 1999, 2001, 2002, 2003 y 2004 a que tienen derecho, con base en el Índice de Precios al Consumidor, I.P.C.// Lo anterior en cumplimiento del artículo 271 del Plan Nacional de Desarrollo Prosperidad para Todos, del gobierno del presidente Juan Manuel Santos Calderón. // El mecanismo adoptado para el reajuste de la asignación de retiro y de las pensiones fue el de la conciliación judicial en los procesos que a la fecha se encuentran en curso y el de la conciliación extrajudicial para aquellos casos en los que aún no se ha presentado

Además, observa la Sala que en sentido estricto, en la respuesta que **CASUR** le dio al demandante – accionante, mediante el oficio OAJ 5772.13 de julio 5 de 2013, dicha entidad implícitamente reconoce el derecho del ciudadano Paulino López Arias al “[...] **reajuste de su asignación de retiro por los años en los cuales fue inferior el aumento de su prestación al índice de precios al consumidor** [...]”³⁵, y lo invita a presentar una solicitud de conciliación extrajudicial ante los agentes del Ministerio Público para el reconocimiento patrimonial

Corroborando lo anterior, debe destacarse un aparte de la respuesta que CASUR dio a la demanda presentada, con ocasión del proceso ordinario de nulidad y restablecimiento del derecho con radicación número 2014-00003-00 y en la cual se consignó, lo siguiente:

“[...] I. **PRESCRIPCION DE MESADAS PENSIONALES**

Solicito se tenga en cuenta que la petición que dio origen al acto administrativo demandado oficio 9085/OAJ del 20 de noviembre de 2007 y OAJ 5772.13 del 5 de julio de 2013, fue radicada el 22 de junio de 2012 (sic) por tanto se configura la prescripción de las mesadas pensionales señalada en el artículo 113 del Decreto 1213 de 1990, y es así que el demandante solo tendría derecho al reconocimiento a partir del **22 de junio de 2008**. **SE DESTACA QUE DESDE EL AÑO 2005 Y HASTA LA FECHA LOS INCREMENTOS EFECTUADOS A LAS ASIGNACIONES MENSUALES DE RETIRO FUERON IGUALES O SUPERIORES AL I.P.C.** [...]”³⁶.

Por último, y en lo referente a la **igualdad de causa** (aedem petendi), ésta no se puede predicar en el caso *sub examine*, en razón a que, si bien las pretensiones del actor en ambos procesos se apoyan en las mismas normas,

demanda. // Este mecanismo fue recomendado por unanimidad por los integrantes de la mesa interinstitucional conformada por representantes de los Ministerios de Defensa Nacional y Hacienda y Crédito Público; el Departamento Administrativo de la Función Pública; la Procuraduría General de la Nación; la Agencia Nacional para la Defensa Jurídica del Estado; la Policía Nacional; la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, y la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía.

³⁵ Ver respuesta segundo derecho de petición.

³⁶ Folio 45. Expediente proceso ordinario.

toda vez que en la segunda oportunidad, los reclamos son diferentes y ya estaba en práctica un hecho nuevo e importante, en materia del reajuste a las asignaciones de retiro de los ex miembros de la Fuerza Pública como lo fue en su momento, y en la actualidad, la política pública de conciliación en materia del reconocimiento del IPC para los años 1997, 1999, 2001, 2002, 2003 y 2004, en cuanto impactan la base de liquidación de las mesadas, que de acuerdo a la prescripción cuatrienal, tenía derecho a reclamar el demandante accionante.

La Sala estima que para que se declare la existencia de la figura de la cosa juzgada es necesario que se presenten los tres elementos determinados, la identidad de personas, objeto y de causa, lo cual no sucede en el presente caso, en el que no se encontró la identidad de objeto ni de causa y, en tal virtud, no podrá predicarse que ha acaecido la cosa juzgada.

No obstante lo anterior, en la providencia atacada³⁷, el Tribunal determinó confirmar la sentencia de primera instancia que declaró configurada la excepción de cosa juzgada y negó las pretensiones de la demanda.

En razón a esta interpretación que realizó el Tribunal, respecto del artículo 189 del CPACA (en concordancia con el 303 del C.G.P.), es que la Sala encuentra que en el caso de autos efectivamente se presentó un **defecto sustantivo** que vulnera los derechos fundamentales del actor.

Esto es así, toda vez que el Tribunal, sin analizar la temática particular del reajuste de las asignaciones de retiro (prestación periódica) con base el IPC, decidió establecer su ocurrencia, con base en una **similitud**, y no en la

³⁷ Folios 245 A 252. Expediente proceso ordinario.

identidad que exige la norma y, que los criterios jurisprudenciales, han desarrollado.

En consecuencia, al estar establecida la ocurrencia del defecto alegado por el actor, se concederá el amparo deprecado, se dejará sin efectos la providencia ataca y se ordenará al Tribunal que profiera una nueva sentencia de segunda instancia donde resuelva sobre la solicitud de reajuste de la asignación de retiro del actor; como en efecto se dispondrá en la parte resolutive de esta providencia, teniendo en cuenta los referentes jurisprudenciales, entre los cuales cabe destacar el siguiente:

“[...] Así las cosas, esta Sala habrá de precisar que como quiera que la base pensional se ha ido modificando desde 1997, con ocasión de la aplicación del IPC, es claro que necesariamente este incremento incide en los pagos futuros y por ende mal puede establecerse limitación alguna, cuando este incremento no se agota en un tiempo determinado [...]”³⁸.

“[...] Ahora bien, aunque el derecho al reajuste de la asignación de retiro con base en el IPC tuvo una vigencia temporal [1997 a 2004, de resultar más favorable que el principio de oscilación] no puede desconocerse que, **tal como se ha sostenido reiterada y pacíficamente en múltiples oportunidades por la jurisprudencia de esta Corporación, los derechos “pensionales” no prescriben y solo las mesadas están afectadas por este fenómeno extintivo.**

Bajo dicha égida, pues, de verificarse que el reconocimiento del derecho al reajuste al que se viene haciendo referencia afecta la mesada futura del personal retirado de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional no es dable negarles su pedimento bajo la consideración de que su reclamación no fue lo suficientemente oportuna como para interrumpir la prescripción y dejar a salvo de dicha institución mesadas pensionales antes del 31 de diciembre de 2004.

Así, incluso en el caso en que no pueda ordenarse el pago efectivo del reajuste de la asignación de retiro antes de la vigencia 2004, debe reconocerse el “derecho” y ordenarse el pago efectivo de las diferencias que no estén afectadas por el fenómeno prescriptivo, independientemente de si ello ocurre con posterioridad al 1 de enero del año 2005, pues, se reitera, el reajuste con base en el IPC al que se tiene derecho antes del

³⁸ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección “A”, de fecha 27 de enero de 2011, Radicación número: 25000-23-25-000-2007-00141-01(1479-09)

2004 tiene la potencialidad de afectar la cuantía pensional futura, dada la modificación de la base de liquidación de la asignación [...]"³⁹.

Así las cosas, y por las razones antes señaladas, procede la acción de amparo para proteger el derecho al debido proceso del actor vulnerado por el Tribunal Administrativo de Boyacá, Sala de Decisión No. 1, con la sentencia proferida el 7 de agosto de 2015.

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

F A L L A:

PRIMERO: REVÓCASE la sentencia de agosto 27 de 2015, proferida por **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ – SALA DE DECISIÓN No. 1;** de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de este fallo.

SEGUNDO: ORDÉNASE Al **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ – SALA DE DECISIÓN No. 1** **que**, dentro de los treinta (30) días siguientes a la ejecutoria de la presente decisión, profiera una nueva sentencia de segunda instancia en la referida acción de nulidad y restablecimiento del derecho, observando las consideraciones puestas de presente en este fallo.

TERCERO: Dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, **REMÍTASE** el expediente a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión.

³⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B. Consejero Ponente: Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila. Bogotá D. C., veintinueve (29) de noviembre de dos mil doce (2012). Ref. Expediente No. 250002325000201100710 01-No. Interno: 1651-2012-Actor: Nhora Franco De Beltrán - Autoridades Nacionales.-

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE,

Se deja constancia que la anterior providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en la sesión de la fecha.

**ROBERTO AUGUSTO SERRATO VALDÉS
GONZÁLEZ**

Presidente

MARÍA ELIZABETH GARCÍA

**MARÍA CLAUDIA ROJAS LASSO
AYALA**

GUILLERMO VARGAS

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN SEGUNDA

SUBSECCIÓN A

Consejero ponente: WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ

Bogotá, D.C., veintinueve (29) de enero de dos mil dieciocho (2018)

Radicación número: 11001-03-15-000-2017-03024-00(AC)

Actor: LUIS CARLOS RODRÍGUEZ

Demandado: TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA, SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN C Y OTRO

ASUNTO

La Subsección A de la Sección Segunda del Consejo de Estado, en sede de tutela, profiere sentencia de primera instancia.

HECHOS RELEVANTES

a) Reclamación inicial

La Caja de Retiro de las Fuerzas Militares - CREMIL, mediante Resolución 0763 del 20 de mayo de 1992 reconoció al señor Luis Carlos Rodríguez Acosta asignación de retiro, la cual ha sido reajustada anualmente de conformidad con el principio de oscilación y no con base al índice de precios al consumidor certificado por el DANE.

El 3 de octubre de 2008 solicitó ante la CREMIL el reajuste, reliquidación y pago de su asignación de retiro conforme al índice de precios al consumidor para los años 2000, 2001, 2002, 2003 y 2004, solicitud que fue negada mediante Oficio 8450 del 6 de abril de 2006.

b) Medio de control.

El accionante instauró demanda de nulidad y restablecimiento del derecho en contra de CREMIL. El 3 de junio de 2009, el Juzgado Veinte Administrativo de Bogotá profirió sentencia en la que accedió a las pretensiones de la demanda al declarar la nulidad del oficio demandado y, a título de restablecimiento del derecho, ordenó reliquidar y pagar los valores resultantes de la diferencia de las asignaciones de retiro correspondientes a los años 1997, 1999, 2001, 2002, 2003 y 2004. Sin embargo, declaró probada de oficio la excepción de prescripción sobre las mesadas causadas con anterioridad al 6 de marzo de 2002.

c) Reclamación administrativa posterior

El 20 de marzo de 2014, el señor Rodríguez Acosta solicitó nuevamente el reajuste, reliquidación y pago de su asignación de retiro con base en el IPC para los años 1997, 1998 y 1999.

CREMIL mediante Oficio 2014-18925 del 25 de marzo de 2014 negó la misma.

d) Proceso ordinario posterior

El accionante radicó una nueva demanda. El Juzgado Noveno Administrativo de Bogotá, en audiencia celebrada el 4 de mayo de 2017 declaró probada la excepción de cosa juzgada y procedió a dar por terminado el proceso. Contra la decisión interpuso recurso de apelación.

El 27 de septiembre de 2017, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección C confirmó el auto proferido por el *a quo*.

e) Inconformidad

Afirmó que el Juzgado Noveno Administrativo de Bogotá y el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección C al declarar probada la excepción de cosa juzgada y dar por terminado el proceso transgredieron sus derechos fundamentales al debido proceso, igualdad, seguridad social y poder adquisitivo de la asignación de retiro y desconocieron los principios de favorabilidad, legalidad y respeto a los derechos adquiridos en materia pensional.

Sostuvo que en el asunto bajo estudio no se configura la cosa juzgada, pues si bien existe identidad de partes en ambos procesos judiciales, lo cierto es que el objeto es distinto, en la medida en que en el primero de ellos el Juzgado Veinte Administrativo de Bogotá ordenó el reajuste de la asignación de retiro del accionante solamente para los años 2002, 2003 y 2004, mientras que la pretensión del segundo estaba encaminada a obtener el reajuste, reliquidación y pago según el Índice de Precios al Consumidor de los años 1997, 1998, 1999, 2000 y 2001.

Explicó que CREMIL dio cumplimiento a la providencia del 3 de junio de 2009 proferida por el Juzgado Veinte Administrativo de Bogotá mediante la Resolución 3633 del 7 de diciembre de 2009 en la cual reajustó la asignación de retiro desde el 6 de marzo de 2002 hasta el 31 de diciembre de 2004. Empero, no reajustó ni liquidó las sumas correspondientes a los años 1997, 1998, 1999, 2000 y 2001.

PRETENSIONES

Solicitó tutelar los derechos fundamentales invocados y aplicar los principios constitucionales de legalidad, favorabilidad, legalidad y respeto de los derechos adquiridos en materia pensional.

En consecuencia, se dejen sin efecto las providencias proferidas el 4 de mayo de 2017 por el Juzgado Noveno Administrativo de Bogotá y el 27 de septiembre de 2017 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección C que negaron las súplicas del medio de nulidad y restablecimiento del derecho al declarar probada la excepción de cosa juzgada y se emita un nuevo pronunciamiento accediendo a las pretensiones de la demanda.

CONTESTACIONES AL REQUERIMIENTO

Caja de Retiro de las Fuerzas Militares – CREMIL (ff. 54 a 56)

Indicó que no tiene ninguna injerencia en el presente asunto, toda vez que la entidad es un establecimiento público del orden nacional creado por la Ley 75 de 1925 adscrito al Ministerio de Defensa, encargado de reconocer y pagar las asignaciones de retiro y pensión de los afiliados que cumplen con los requisitos

para el efecto.

Asimismo, señaló que no existe vulneración de los derechos fundamentales, ni desconocimiento de los principios de legalidad o favorabilidad invocados por el accionante, por cuanto uno de los principios de la administración de justicia es la autonomía e independencia de la rama judicial.

Expuso que la acción no puede ser usada como una tercera instancia, pues el accionante lo que pretende es que se le reconozcan unas peticiones que ya fueron debatidas y sobre las cuales existen pronunciamientos judiciales de fondo; además, no se probó un perjuicio irremediable.

Indicó que las decisiones judiciales hacen tránsito a cosa juzgada y, por ende, no es dable al juez constitucional a través de la acción de tutela revisar asuntos que se discutieron en un proceso contencioso.

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección C no rindió el informe requerido, a pesar de que fue debidamente notificado.

CONSIDERACIONES

- Competencia

La Subsección “A” de la Sección Segunda del Consejo de Estado es la competente para conocer del asunto, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 86 de la Constitución Política y el numeral 2° del artículo 1° del Decreto 1382 de 2000¹, el cual regula que: “[...] Cuando la acción de tutela se promueva contra un funcionario o corporación judicial, le será repartida al respectivo superior funcional del accionado [...]”.

- Procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales

Tratándose de la acción de tutela contra providencias judiciales la postura reiterada y uniforme de la Corte Constitucional² y el Consejo de Estado³ ha sido admitir su procedencia excepcional, siempre que se cumplan los requisitos generales de procedibilidad (exigencias generales) y 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.

Por su parte el Consejo de Estado en sentencia de unificación por importancia jurídica, del 5 de agosto de 2014, con ponencia de Jorge Octavio Ramírez, 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

¹ Por medio del cual se establecen competencias para el reparto de la acción de tutela.

² Al respecto ver, entre otras, 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.

³ 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.

requisitos generales y específicos precisados por la Corte Constitucional. Veamos:

Requisitos generales: Los requisitos generales de procedibilidad son exigibles en su totalidad, porque la ausencia de alguno de ellos impide el estudio de fondo de la vía de hecho planteada. Ellos son los siguientes: (i) La cuestión que se discute tiene relevancia constitucional; (ii) se agotaron todos los medios de defensa judicial con los que cuenta la persona afectada; (iii) se cumple el requisito de inmediatez; (iv) no se argumentó una irregularidad procesal; (v) se expresaron de manera clara los hechos y argumentos que controvierten la providencia bajo estudio; y; (vi) la providencia objeto de la presente acción no fue dictada dentro de una acción de tutela.

Causales específicas: Las causales específicas de procedencia de la acción de tutela contra providencia judicial son aquellos defectos o errores en los cuales puede incurrir la decisión cuestionada. Son las siguientes⁴: a) Defecto orgánico, que se presenta cuando el juez carece de forma absoluta de competencia; b) defecto procedimental, el cual ocurre cuando la autoridad judicial actúa completamente al margen del procedimiento establecido; c) defecto fáctico, esto ocurre cuando: el juez carece de apoyo probatorio, la valoración es absolutamente equivocada o no tiene en cuenta el material probatorio obrante en el expediente para proferir la decisión; d) defecto material o sustantivo, el cual se origina cuando exista un error judicial ostentoso, arbitrario y caprichoso que desconozca lineamientos constitucionales y/o legales, específicamente ocurre cuando: se decida con fundamento en normas inexistentes o inconstitucionales, en contravía de ellas o exista 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; g) desconocimiento del precedente judicial y h) violación directa de la Constitución Política.

Es importante advertir que si la decisión judicial cuestionada incurrió en una cualesquiera de las causales específicas, podrá ser razón suficiente para el amparo constitucional.

Problema jurídico

En el caso concreto se cumplen los requisitos generales de procedibilidad, por tanto, la parte motiva se ocupará de las causales específicas, que para el asunto bajo examen el análisis se centra en la violación directa de la Constitución Política.

Se aclara que el análisis se realizará únicamente sobre la decisión asumida en segunda instancia el 27 de septiembre de 2017 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección C al reunir la condición de despacho órgano de cierre en el presente asunto.

El problema jurídico en esta instancia puede resumirse en la siguiente pregunta:

¿Las autoridades judiciales del primer proceso ordinario reajustaron la base de la asignación de retiro del accionante como así lo disponen los artículos 48 y 53 de la Constitución Política?

1. Derecho de acceso a la administración de justicia

⁴Sentencias T-352 de 2012, T-103 de 2014, T-125 de 2012, T-176 de 2016, SU-573 de 2017, entre otras.

El acceso a la administración de justicia constituye un derecho fundamental de las personas residentes en Colombia para que puedan acudir a los jueces con el fin de proteger o restablecer los derechos que hayan sido transgredidos.

De lo anterior que los artículos 228 y 229 de la Constitución Política determinen que la administración de justicia es función pública y que el Estado debe garantizar el acceso a la misma.

La Corte Constitucional en sentencia T-283/13 sostuvo que el referido derecho comprende lo siguiente: (i) la posibilidad de los ciudadanos de acudir y plantear un problema ante las autoridades judiciales, (ii) que éste sea resuelto y, (iii) que se cumpla de manera efectiva lo ordenado por el operador jurídico y se restablezcan los derechos lesionados.

De lo expuesto se colige que el derecho de acceso a la administración de justicia no solamente implica que se permita la interposición de demandas y/o recursos, sino la solución de fondo de la situación puesta en consideración de la autoridad judicial.

2. El derecho constitucional al reajuste periódico de las pensiones legales.

La Constitución del 91 otorgó un privilegio especial al trabajo en todas sus manifestaciones, para ello estableció una serie de garantías y obligaciones sociales.

Como consecuencia de lo anterior, los artículos 48 y 53 de la Carta Política, definen que la ley será la encargada de determinar “[...] *los medios para que los recursos destinados a pensiones mantengan su poder adquisitivo constante* [...]” y reafirma el deber del Estado en garantizar el “[...] *reajuste periódico de las pensiones legales* [...]”.

En relación al reajuste periódico de las pensiones, la Corte Constitucional ha señalado que dicho ajuste tiene por objeto que las mesadas no pierdan su capacidad adquisitiva y así proteger los derechos a la igualdad y al mínimo vital y móvil de las personas que han cesado en la prestación de sus servicios, que por regla general son adultos mayores o personas de la tercera edad y por lo tanto sujetos de especial protección constitucional.

Sobre este particular, la Corte Constitucional en sentencia T- 020 de 18 de enero de 2011, M.P. Humberto Sierra Porto sostuvo que de manera expresa los artículos 48 y 53 de la Carta Política de 1991 configuran un derecho constitucional de los pensionados a mantener el poder adquisitivo de su mesada pensional, al igual que diversos preceptos de rango constitucional.

Así, en relación con el artículo 48 constitucional indicó que contiene explícitamente un deber constitucional en cabeza del Congreso de la República cuando establece que “[...] *la ley definirá los medios para que los recursos destinados a pensiones mantengan su poder adquisitivo constante*”; además precisó que dicho artículo fue adicionado por el Acto Legislativo 01 de 2005 que prohibió dejar de pagar, congelar o reducir el valor de la mesada de las pensiones reconocidas conforme a derecho.

En cuanto al artículo 53 constitucional expuso que en él se consagra un deber del Estado Colombiano en garantizar el reajuste periódico de las pensiones legales cuando reza que “[...] *El Estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales*”.

Sobre lo anterior concluyó entonces que existe un derecho constitucional cuyo

titular son los pensionados y su contenido comprende no sólo el pago oportuno de las mesadas pensionales y su reajuste periódico, sino también prohibiciones correlativas como lo son dejar de pagar las mesadas, congelar su valor o reducirlas. En tanto, que el sujeto pasivo de este derecho pueden ser tanto los particulares encargados de pagar las mesadas pensionales o las entidades estatales que cumplan la misma labor.

En este punto, no cabe duda que negar o desconocer el derecho al reajuste de una prestación pensional afectaría gravemente la capacidad de subsistencia de quien se beneficia de ella, al igual que la de su entorno familiar.

Ahora bien, la asignación de retiro fue reconocida como una modalidad de prestación social asimilable a la pensión de vejez o de jubilación, tal como lo dispuso la Corte Constitucional en sentencia C-432 de 2004⁵.

Así las cosas, no hay razón jurídica que impida, en el caso de las asignaciones de retiro, su incremento o reajuste anual, con el fin de garantizar el mantenimiento del poder adquisitivo de sus mesadas, tal como sucede con una prestación pensional.

3. De la jurisprudencia de la Sección Segunda en relación con el reajuste de las asignaciones de retiro con fundamento en la variación porcentual del IPC.

El artículo 279 de la Ley 100 de 1993 excluyó, entre otros, a los ex servidores de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional del reajuste de sus pensiones como lo disponía el artículo 14 ibídem, esto es, teniendo en cuenta la variación porcentual del IPC certificado por el DANE para el año inmediatamente anterior.

Así, el método de reajuste utilizado para las asignaciones de retiro tanto de las Fuerzas Militares como de la Policía Nacional debía hacerse como lo disponía el Decreto 1211 de 1990, es decir, mediante la oscilación, según el cual las asignaciones de retiro tendrán en cuenta la totalidad de las variaciones que en todo tiempo se introduzca a las asignaciones que se devengan en actividad.

Sin embargo, a partir de la vigencia de la Ley 238 de 1995, que adicionó el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, los pensionados excluidos de la aplicación de la Ley 100 de 1993 tendrían derecho al reajuste de sus pensiones teniendo en cuenta la variación porcentual del IPC, en la forma dispuesta por el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, en tanto que resultaba más favorable que el previsto anualmente por el Presidente de la República en desarrollo de la Ley 4 de 1992 y los Decretos 1211 y 1212 de 1990.

Bajo estas circunstancias, el personal retirado de la Fuerza Pública comenzó a solicitar en sede judicial el reajuste de las asignaciones de retiro que venían devengando, y es con ocasión de estos reclamos que la Sección Segunda de esta Corporación se ha pronunciado en varias oportunidades⁶, de cuyo desarrollo jurisprudencial puede resaltarse:

⁵ Sentencia C-432 de 2004 de la Corte Constitucional: *“Es una modalidad de prestación social que se asimila a la pensión de vejez y que goza de un cierto grado de especialidad (en requisitos), atendiendo la naturaleza especial del servicio y las funciones que cumplen los servidores públicos a quienes se les reconoce. Se trata, como bien lo afirman los intervinientes, de establecer con la denominación de “asignación de retiro”, una pensión de vejez o de jubilación para los miembros de la fuerza pública, en la medida que el resto del ordenamiento especial de dichos servidores públicos, se limita a regular las pensiones de invalidez y sobrevivientes.”*

⁶ Ver entre otras sentencias del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda de fecha: i) sentencia del 17 de mayo de 2007, C.P. Jaime Moreno García, número interno: 8464-05; ii) sentencias de 16 de abril de 2009. C.P. Víctor Alvarado Ardila, Rad. 2048-2008; iii) sentencia del 27 de enero de 2011, C.P. Gustavo Gómez Aranguren, número interno: 1479-09; iv) sentencia del 26 de febrero de 2009, C.P. Bertha Lucía Ramírez de Páez, número interno: 1614-08, v) sentencia del 30 de octubre de 2009, C.P. Gustavo Gómez Aranguren, número interno: 0874-08 y vi) sentencia del 5 de mayo de 2016, C.P. William Hernández Gómez, número interno: 1640-12.

i) El reajuste de la asignación de retiro con fundamento en la variación porcentual del IPC será respecto de los años 1997 al año 2004, toda vez que a partir del 1.º de enero de 2005 se implementó nuevamente la aplicación del principio de oscilación a través de la expedición del Decreto 4433 de 2004.

ii) El reajuste ordenado con fundamento en la variación porcentual del IPC, debe reflejar el aumento que debió tener la asignación de haberse utilizado el IPC, lo que incide directamente en el monto de la asignación de retiro a partir del año 2005.

iii) La asignación de retiro constituye una prestación periódica, cuyas mesadas -no el derecho al reajuste de la asignación de retiro- están sujetas al término de prescripción cuatrienal del artículo 174 del Decreto 1211 de 1990.

4. Fallos de tutela proferidos por el Consejo de Estado en relación con la cosa juzgada del IPC en la base de liquidación de las asignaciones de retiro

El señor Luís José Betancourt Giraldo presentó acción de tutela en la que considera que no se configuró la cosa juzgada, toda vez que la sentencia del 3 de marzo de 2011, dictada por el Juzgado Segundo Administrativo de Santa Marta, no reconoció el derecho al reajuste por IPC del período comprendido entre el 1º de enero de 1997 y el 31 de diciembre de 2003.

El 30 de abril de 2014, la Subsección B de la Sección Segunda negó el amparo al afirmar que se configuró la cosa juzgada, por cuanto la sentencia del 3 de marzo de 2011, proferida por el Juzgado Segundo Administrativo de Santa Marta, ya se pronunció sobre la procedencia del reajuste por IPC de la asignación de retiro. Asimismo, que el demandante no apeló esa providencia y que no puede mediante la acción de tutela corregir esa omisión.

El 29 de octubre de 2014, la Sección Cuarta del Consejo de Estado confirmó la providencia de primera instancia al argumentar que era razonable que las sentencias cuestionadas declararan la existencia de cosa juzgada y se inhibieran para pronunciarse de fondo en las sentencias cuestionadas.

Sin embargo, el Consejo de Estado en varios pronunciamientos ha amparado los derechos fundamentales invocados contra las providencias que declararon la cosa juzgada en los segundos procesos de nulidad y restablecimientos del derecho, porque en los primeros que resolvieron el incremento de las asignaciones de retiro por IPC se solicitó el respectivo reajuste de la base de liquidación.

Así, la Subsección se permitirá hacer un estudio de los casos en los cuales esta Corporación ha determinado que las autoridades judiciales transgredieron los derechos fundamentales de los tutelantes al considerar que no se configuraba la cosa juzgada, comoquiera que en el segundo proceso incoado en cada uno de los casos, la pretensión iba encaminada a obtener el reajuste de su asignación de retiro conforme a la Ley 100 de 1993, situación que no pudo lograrse como restablecimiento del derecho en el primero de los procesos de nulidad y restablecimiento del derecho.

Iniciando la línea jurisprudencial a la que se hace referencia, se encuentra la sentencia del 16 de septiembre de 2014⁷ de la Sección Segunda, Subsección A que amparó los derechos fundamentales del señor Ángel Manuel Cortavarria Mercado al concluir que dentro del análisis de los accionados no se tuvo en cuenta que la pretensión del demandante en la nueva demanda de nulidad y restablecimiento del derecho promovida en contra de Cremil, si bien se refiere al

⁷ Proceso radicado con el número 11001-03-15-000-2014-02022-00.

reajuste y reliquidación de la asignación de retiro del IPC de los años de 1997, 1999, 2001 y 2002, petición que igualmente fue objeto del proceso que se tramitó ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, lo cierto es que tiene un hecho nuevo, consistente en la solicitud de tener en cuenta para definir su pedimento lo expuesto por el Consejo de Estado, en sentencia del 15 de noviembre de 2012 proferida por el Consejero, Dr. Gerardo Arenas Monsalve, en donde se señaló que *“si bien dichas diferencias no pueden ser canceladas por encontrarse prescriptas, si deben ser utilizadas como base para la liquidación de las mesadas posteriores”*.

Posteriormente, la Sección Primera mediante fallo del 8 de junio de 2016⁸ accedió al amparo de los derechos del señor Paulino López Arias al considerar que en este caso no hay cosa juzgada porque el demandante señaló el cálculo del reajuste que reclama y al que tendría derecho desde el año 1997 al 2013. Esa dependencia en su decisión, agregó que si bien las pretensiones del accionante en ambos procesos se apoyan en las mismas normas, en la segunda oportunidad, los reclamos son diferentes y ya estaba en práctica un hecho nuevo e importante en materia del reajuste a las asignaciones de retiro de los ex miembros de la Fuerza Pública como lo fue en su momento, y en la actualidad, la política pública de conciliación en materia del reconocimiento del IPC para los años 1997, 1999, 2001, 2002, 2003 y 2004 en cuanto impactan la base de liquidación de las mesadas, que de acuerdo con la prescripción cuatrienal tenía derecho a reclamar el accionante.

El 27 de octubre de 2016, la Subsección “A” de la Sección Segunda del Consejo de Estado confirmó la providencia de primera instancia al argumentar que tampoco se configuraba la cosa juzgada, por cuanto una pensión no reajustada en las condiciones previstas en la ley se verá reducida o congelada, en desmedro del mantenimiento del poder adquisitivo de la moneda, en tratándose de mesadas pensionales o asignaciones de retiro. Añadió que a través de este principio se pretende precisamente garantizar otros postulados Superiores como el derecho al mínimo vital y a la vida digna de los pensionados.

En un tercer caso, se encuentra la acción de tutela incoada por el señor Jorge Eliécer Roa Aragonés en la que sostuvo que, en su caso, no se configuró la cosa juzgada, toda vez que existe unificación jurisprudencial sobre el reajuste de la asignación de retiro con base en el incremento del IPC. Dicho mecanismo constitucional fue resuelto el 17 de abril de 2017⁹ por esta Subsección, decisión en la que se tutelaron los derechos de acceso a la administración de justicia, al reajuste de la mesada pensional y, por consiguiente, el derecho al mínimo vital al afirmar que no puede hablarse de cosa juzgada cuando las providencias del primer proceso ordinario no ordenaron el reajuste de la asignación de retiro que constitucionalmente protegen los artículos 48 y 53 de la Carta Superior.

Igualmente, se encuentra el escrito de tutela de la señora Myriam Moncada Manosalva quien solicitó el amparo de sus derechos fundamentales al considerar que no se configuró la cosa juzgada, ya que al tratarse de errores cometidos por las autoridades judiciales que omitieron ordenar la corrección de la base prestacional desde el 1.º de enero de 1997 y reajustarla hasta el 23 de abril de 2003, está facultada para acudir en una segunda oportunidad ante la jurisdicción de lo contencioso.

En esa oportunidad, la Subsección A de la Sección Segunda en fallo del 4 de mayo de 2017¹⁰ accedió a las pretensiones y reiteró que no puede hablarse de cosa juzgada cuando las providencias del primer proceso ordinario no ordenaron

⁸ Proceso radicado con el número 11001-03-15-000-2016-00471-00.

⁹ Proceso radicado con el número 11001-03-15-000-2017-00224-00.

¹⁰ Proceso radicado con el número 11001-03-15-000-2017-00422-00.

el reajuste de la asignación de retiro que constitucionalmente protegen los artículos 48 y 53 de la Carta Superior.

Finalmente, se trae a colación la sentencia del 11 de septiembre de 2017¹¹ proferida por la Sección Segunda, Subsección A en la acción de tutela presentada por el señor Jesús Antonio Bravo Silva en contra del Tribunal Administrativo del Valle del Cauca y el Juzgado Primero Administrativo de Cali en la que alega que los fallos aludidos incurrieron en una falencia de interpretación de la cosa juzgada porque no existe identidad de objeto ni de causa, en su caso, reclama la liquidación de su asignación de retiro desde el año 1997, con independencia de la prescripción de las mesadas.

En la sentencia de tutela, esta Corporación coligió que era viable que el accionante pudiera deprecar nuevamente el reconocimiento de su derecho al reajuste periódico de la asignación de retiro, en atención al principio de progresividad de los derechos económicos, sociales y culturales, dentro del cual se encuentran las garantías establecidas en los artículos 48 y 53 de la Constitución Política y, por ende, en ese caso, no operaba la cosa juzgada en la medida que las providencias del primer proceso ordinario no ordenaron el reajuste de la asignación de retiro que constitucionalmente protegen los artículos 48 y 53 de la Carta Superior.

- Análisis en el caso bajo estudio.

El señor Luis Carlos Rodríguez Acosta presentó acción de tutela con el fin de que sean protegidos sus derechos fundamentales al debido proceso, igualdad, seguridad social y poder adquisitivo de la asignación de retiro, al igual que la aplicación de los principios constitucionales de favorabilidad, legalidad y respeto de los derechos adquiridos en materia pensional, presuntamente transgredidos con ocasión de las decisiones adoptadas por el Juzgado Noveno Administrativo de Bogotá y el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección C.

Para el efecto, afirmó que las citadas autoridades judiciales no tuvieron en cuenta que la situación jurídica debatida en los dos procesos judiciales instaurados en contra de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares era distinta y, ello conllevó a que en las decisiones acusadas declararan probada la excepción de cosa juzgada y dieran por terminado el proceso.

Explicó que en el asunto bajo estudio no se configura la cosa juzgada, pues si bien existe identidad de partes en ambos procesos judiciales, lo cierto es que el objeto es distinto, en la medida en que en el primero de ellos el Juzgado Veinte Administrativo de Bogotá ordenó el reajuste de la asignación de retiro del accionante solamente para los años 2002, 2003 y 2004, mientras que la pretensión del segundo estaba encaminada a obtener el reajuste, reliquidación y pago según el Índice de Precios al Consumidor de los años 1997, 1998, 1999, 2000 y 2001.

Pues bien, la Subsección advierte que el señor Rodríguez Acosta instauró demanda de nulidad y restablecimiento del derecho con el objeto que se declare la nulidad del Oficio 8450 del 6 de abril de 2006 mediante el cual fue negada la reliquidación y reajuste de la asignación de retiro con fundamento en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993 en los años 1997, 1999, 2001, 2002, 2003 y 2004.

A título de restablecimiento del derecho solicitó condenar a CREMIL a: i) reliquidar y reajustar la asignación de retiro a partir del año 1997 y en adelante aplicando el mayor valor entre el incremento decretado por el Gobierno y el IPC en los años

¹¹ Proceso radicado con el número 11001-03-15-000-2017-01921-00.

1997, 1999, 2001, 2002, 2003 y 2004; ii) pagar e indexar los dineros correspondientes a la diferencia que resulte entre la liquidación solicitada y las sumas que fueron canceladas desde el año 1997 hasta la fecha en que sea reconocido el derecho, iv) pagar los intereses moratorios sobre los dineros provenientes del reconocimiento del porcentaje del IPC (ff. 15 y 16).

De igual forma, se desprende que el 3 de junio de 2009 el Juzgado Veinte Administrativo de Bogotá profirió sentencia en la que decretó la nulidad del acto administrativo demandado. A título de restablecimiento, ordenó a CREMIL reliquidar y pagar los valores correspondientes a la diferencia que resulte entre lo pagado y lo que debió pagarse por concepto de asignación de retiro con base en el IPC, advirtiendo que sobre las mesadas causadas con anterioridad al 6 de marzo de 2002 operó el fenómeno jurídico de prescripción (ff.15-31).

También se demostró que el 20 de marzo de 2014 el tutelante presentó ante CREMIL derecho de petición con el que pretendía el reajuste de su asignación de servicios conforme a la variación porcentual del IPC para los años 1997, 1998 y 1999, por cuanto no se realizó el aumento legal a que tenía derecho, lo que generó detrimento en el poder adquisitivo de su prestación (f. 33), solicitud que fue negada mediante Oficio 2014-18925 del 25 de mayo de 2014.

Por tal motivo, el 21 de agosto de 2015 el señor Rodríguez Acosta presentó nuevamente medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho en contra de CREMIL con el objeto de declarar la nulidad citado acto administrativo a través del cual se negó el reajuste de la asignación de retiro.

Y a título de restablecimiento del derecho peticionó se condene a CREMIL a reajustar, reliquidar y pagar los incrementos correspondientes a los períodos 1997, 1998, 1999 y demás reajustes atendiendo la variación porcentual inflacionaria para esos años (f. 4).

Así, el 4 de mayo de 2017, el Juzgado Noveno Administrativo de Bogotá declaró probada la excepción de cosa juzgada propuesta por la parte demandada, por cuanto ya se había demandado con anterioridad el reajuste de su asignación de retiro con base al índice de precios al consumidor certificado por el DANE. Decisión que fue confirmada el 27 de septiembre de 2017 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección C (ff. 2-3 y 4-9).

Para resolver el caso concreto, esta Subsección lo efectuará a la luz de los artículos 48 y 53 de la Carta Política que definen que la ley será la encargada de determinar “[...] los medios para que los recursos destinados a pensiones mantengan su poder adquisitivo constante [...]” y reafirma el deber del Estado en garantizar el “[...] reajuste periódico de las pensiones legales [...]”, pues existen razones suficientes para considerar que el no reajuste de las mesadas pensionales del accionantes afecta su derecho al mínimo vital. En consecuencia, se amparará la presente acción constitucional, por los siguientes motivos:

Analizado el caso objeto de estudio se colige que lo pretendido por el accionante desde el momento en que promovió el primer proceso incoado con anterioridad al que hoy es objeto de estudio, no sólo era reconocer la reliquidación de la asignación de retiro con fundamento en el IPC a partir del año 1997 a 2004 y pagar la diferencia que resulte entre la liquidación y las sumas canceladas por concepto del incremento, sino también el reajuste de la base de la liquidación prestacional que le fue reconocida, pues no debe perderse de vista que el reajuste para dichos períodos reflejaría un aumento de la asignación de haberse utilizado el IPC, lo que incide directamente en el monto de la mesada pensional a futuro.

Sin embargo, la decisión adoptada por el Juzgado Noveno Administrativo de

Bogotá omitió dar ordenamiento frente al reajuste de la base de la asignación de retiro en mención. Nótese que en el ordinal tercero de la sentencia del 3 de junio de 2009 sólo dispuso que la entidad demandada debía reliquidar y pagar las sumas de dinero correspondientes a la diferencia que resultara entre la liquidación solicitada y las sumas que fueron canceladas por los años 1997, 1999, 2001, 2003 y 2004 y, consideró que las mesadas causadas con anterioridad al 6 de marzo de 2002 habían prescrito, lo que motivó al accionante a presentar la nueva demanda objeto de estudio (f. 30).

Y, en esos términos fue acatado el fallo judicial, pues la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares en la Resolución 3633 del 7 de diciembre de 2009, por medio de la cual cumple las órdenes judiciales impartidas, dispone el pago por concepto del reajuste de la asignación de retiro del accionante para el período comprendido entre el 6 de marzo de 2002 hasta el 31 de diciembre de 2004 (f. 11 vto.).

En esa medida, si bien la autoridad judicial acusada declaró la cosa juzgada al colegir que el accionante ya había presentado medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho en el que solicitó la reliquidación y reajuste de su asignación de retiro en aplicación a la Ley 238 de 1995 para los años 1997 a 2004, lo cierto es que desconoció el derecho constitucional de mantener a los pensionados el poder adquisitivo de su mesada, consagrado en dos enunciados normativos distintos en la Constitución Política, que a juicio de la Subsección constituye una expresión del principio de Estado Social de Derecho, de la protección especial que establece la Carta Política a las personas de la tercera edad y de los derechos a la igualdad y al mínimo vital y móvil.

Deviene de lo dicho que el reajuste anual de las pensiones tiene pleno sustento constitucional, por cuanto busca garantizar la efectividad del derecho al mínimo vital de los pensionados. Esto por cuanto, permite corregir la desvalorización constante y progresiva de la moneda y mantener el poder adquisitivo de esa prestación económica. De ahí que si una pensión no es reajustada en las condiciones previstas en la ley, se verá reducida o congelada debido a que pierde su poder adquisitivo.

Por ello, dado que el incremento anual de las pensiones busca garantizar que su valor no se deteriore frente al costo de los bienes y servicios que el pensionado requiere, la omisión respecto de tal incremento implica la vulneración de su derecho fundamental al mínimo vital, comoquiera que la posibilidad de acceder a dichos bienes y servicios será más limitada.

En este punto es importante precisar que aunque la autoridad judicial ordinaria accionada goza de autonomía e independencia para el ejercicio de sus funciones y que en sus providencias sólo está sometida al imperio de la Ley; ello debe ocurrir sin que se vean irrespetados los derechos del pensionado a mantener el poder adquisitivo de su mesada pensional, situación que no se logró con las decisiones impartidas dentro del primer proceso ordinario.

Así las cosas, esta Subsección considera que es viable que el accionante pueda deprecar nuevamente el reconocimiento de su derecho al reajuste periódico de la asignación de retiro, en atención al principio de progresividad de los derechos económicos, sociales y culturales, dentro del cual se encuentran las garantías establecidas en los artículos 48 y 53 de la Constitución Política.

Situación distinta sucede respecto a la reliquidación de las pensiones cuando se pretende la inclusión de la totalidad de los factores salariales como así se dispuso en las sentencias de unificación de la Sección Segunda del Consejo de Estado del 4 de agosto de 2010, con radicado 25000-23-25-000-2006-07509-01(0112-09) del C.P. Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila, comoquiera que los factores hacen

referencia a todo lo recibido por el trabajador como contraprestación directa de sus servicios.

En tanto, lo que aquí se pretende es el reconocimiento del aumento periódico legal que el Estado debe efectuar sobre las mesadas pensionales reconocidas, con el fin de combatir el hecho notorio de la constante y permanente devaluación de la moneda.

En consecuencia, en el presente asunto no podría hablarse de cosa juzgada cuando la providencia del primer proceso ordinario no ordenó el reajuste de la asignación de retiro que constitucionalmente protegen los artículos 48 y 53 de la Carta Superior.

Repárese que la presente discusión gira en torno sobre la aplicación del derecho sustancial (reajuste) o el derecho formal (cosa juzgada), interrogante frente al cual la Subsección opta por proteger al pensionado al tratarse un asunto de pronta, cumplida y eficaz administración de justicia, conforme lo determinó el artículo 4º de la Ley 270 de 1996 y el artículo 228 de la Constitución Política. No es más, no es menos, es una cuestión de justicia que el mismo preámbulo de la Carta Magna asegura a los integrantes del pueblo de Colombia.

En ese orden de ideas, la Subsección encuentra que el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección C al declarar la figura jurídica de la cosa juzgada desconoció el derecho de la parte accionante de acceso a la administración de justicia, al reajuste de su mesada pensional y por consiguiente, su derecho al mínimo vital.

Por tanto, se dejará sin efectos la providencia proferida el 27 de septiembre de 2017 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección C dentro del expediente 2015-00650-01.

Así mismo, se le ordenará que dentro de los veinte (20) días siguientes a la ejecutoria de la presente providencia profiera dentro del proceso de la referencia una nueva decisión en la que se tenga en cuenta los argumentos aquí expuestos.

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

F A L L A

Primero: Amparar los derechos fundamentales del señor Luis Carlos Rodríguez Acosta de acceso a la administración de justicia, al reajuste de su mesada pensional y por consiguiente, su derecho al mínimo vital en la acción de tutela instaurada contra del Tribunal Administrativo Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección C y otro.

Segundo: Dejar sin efectos la providencia proferida el 27 de septiembre de 2017 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección C dentro del expediente 2015-00650-01.

Tercero: Ordenar al Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección C que dentro de los veinte (20) días siguientes a la ejecutoria de la presente providencia profiera una nueva decisión en la que se tenga en cuenta los argumentos aquí expuestos.

Cuarto: La presente decisión podrá ser impugnada dentro de los tres días siguientes a su notificación (art. 31 Dcto. 2591 de 1991). Si esta providencia no

fuere impugnada en tiempo oportuno, remítase el cuaderno original de la actuación a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Quinto: Notificar a las partes en la forma prevista en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

Sexto: Hacer las anotaciones correspondientes en el programa “Justicia Siglo XXI”.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ

GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ

RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL QUINDIO

Magistrado Ponente: JUAN CARLOS BOTINA GÓMEZ

ASUNTO	:	SENTENCIA SEGUNDA INSTANCIA
MEDIO DE CONTROL	:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
PROCESO	:	63001-3333-751- 2015-00077 -01
DEMANDANTE	:	JULIAN PARRA BUITRAGO
DEMANDADO	:	CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE LA POLICÍA NACIONAL (CASUR)

Armenia, dieciséis (16) de febrero de dos mil diecisiete (2017)

Sentencia 001-2017-030

ASUNTO A RESOLVER

Resuelve la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida el 15 de junio de 2016 por el Juzgado Segundo Administrativo Oral del Circuito de Armenia (Q.), que declaró probada la excepción de cosa juzgada y accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.

I. PARTE DESCRIPTIVA

1. ANTECEDENTES

ASUNTO
MEDIO DE CONTROL

PROCESO
DEMANDANTE
DEMANDADO

SENTENCIA SEGUNDA INSTANCIA
NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO
DEL DERECHO
63001-3333-751-2015-00077-01
JULIAN ALFONSO HENAO
CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE LA
POLICÍA NACIONAL (CASUR)

El 09 de marzo de 2015 la parte actora, por conducto de su apoderado, interpuso demanda de nulidad y restablecimiento del derecho objetando la legalidad del oficio OJURI. 3826 del 30 de mayo de 2006, emitidos por la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional¹ (CASUR), a través del cual se negó el reajuste de la Asignación de retiro, conforme a la diferencia existente entre el aumento efectuado por el Gobierno Nacional y la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor² (I.P.C) .

Solicitó que como consecuencia de lo anterior, y a título de restablecimiento del derecho CASUR reconozca, reajuste y pague la asignación de retiro del demandante, adicionándole los porcentajes correspondientes a la diferencia existente entre el aumento efectuado y el incremento del IPC, en los años 1997 (21.63%) ,1999 (16.70%), 2002 (7.65%), 2004 (6.49%).

Como fundamento fáctico de sus pretensiones, señaló que mediante la **Resolución 3545 del 28 de agosto de 1990**, se le reconoció la asignación de retiro al señor JULIAN PARRA BUITRAGO. Sin embargo, los decretos que reconocieron los salarios básicos para la fuerza pública para los años 1997 a 2004 y los reajustes fueron reconocidos por debajo del IPC. Razón por la cual, se le pidió a la Administración reajustara la mesada pensional de acuerdo con el IPC.

Argumentó que la decisión administrativa asumida quebrantó la Carta Política en los artículos 1, 2, 4, 6, 13, 29, 46, 48 y 53; artículo 34 de la Ley 2 de 1945; artículo 14 y 279 de la Ley 100 de 1993; artículos 1, 2, 4, 10 y 13 de la Ley 4 de 1992, artículo 1 de la Ley 238 de 1995; Decreto 62 de 1999; Decreto 2724 de 2000; Decreto 222 de 2001; Decreto 1463 de 2001; Decreto 2737 de 2001; Decreto 745 de 2002 y Decreto 3552 de 2003.

¹ En adelante CASUR

² En adelante I.P.C

ASUNTO
MEDIO DE CONTROL

PROCESO
DEMANDANTE
DEMANDADO

SENTENCIA SEGUNDA INSTANCIA
NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO
DEL DERECHO
63001-3333-751-2015-00077-01
JULIAN ALFONSO HENAO
CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE LA
POLICÍA NACIONAL (CASUR)

2. LA PROVIDENCIA IMPUGNADA³

El Juzgado de primera instancia basó su decisión en jurisprudencia emitida por el Consejo de Estado, igualmente en la normatividad aplicable tanto del C.G.P en su artículo 303 como del C.P.A.C.A en el artículo 189, para declarar probada la excepción de cosa juzgada, considerando que el presente asunto ya fue debatido y resuelto mediante sentencia Nro. 176 del 06 de abril de 2011, en la cual comparecían las mismas partes, versaba sobre la misma causa y objeto y donde finalmente se declaró la nulidad del acto administrativo demandado y se dispuso el restablecimiento el derecho deprecado, decisión que fue confirmada parcialmente por el Tribunal Administrativo del Quindío en sentencia del 30 de junio de 2011 en la que se dispuso revocar los numerales tercero, cuarto, quinto y sexto por prescripción de derechos y modificar el numeral segundo.

No obstante, atendiendo la sentencia del 18 de septiembre de 2015 proferida por esta Corporación dentro del proceso radicado Nro. 63001-3333-002-2013-00470-01, dispuso reconocer las diferencias a partir del 01 de enero de 2005 operando la prescripción cuatrienal desde la fecha de presentación de la última petición.

3. LA IMPUGNACIÓN⁴

La parte actora presentó recurso de apelación contra el numeral tercero del fallo de primera instancia, manifestando que no hubo un real restablecimiento del derecho condenando a la entidad demandada a reconocer el reajuste de la asignación mensual de retiro solo entre los periodos 2001 a 2004, teniendo en cuenta que el reajuste con IPC procede entre los años 1997 a 2004 en los años en que este fue más favorable.

³ Fol. 109 a 113

⁴ Fol. 115 a 116

ASUNTO
MEDIO DE CONTROL

PROCESO
DEMANDANTE
DEMANDADO

SENTENCIA SEGUNDA INSTANCIA
NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO
DEL DERECHO
63001-3333-751-2015-00077-01
JULIAN ALFONSO HENAO
CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE LA
POLICÍA NACIONAL (CASUR)

4. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

4.1 Parte demandante⁵

Ratificó los argumentos expuestos en la demanda, en los alegatos presentados en primera instancia y en el recurso de apelación interpuesto.

4.2 Parte demandada

No allegó pronunciamiento.

5. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Ministerio Público guardó silencio en esta oportunidad.

II. CONSIDERACIONES PARA RESOLVER

1. LA COMPETENCIA

Al tenor del art. 153 del CPACA⁶ es el Tribunal el competente para resolver el recurso de alzada propuesto.

Sin embargo, se recuerda que el trámite del recurso de apelación limita el pronunciamiento de la segunda instancia exclusivamente a lo que es materia de impugnación, tal como lo disponen los arts. 187, aplicable por remisión del art. 306 del CPACA⁷ y 328 del C.G.P. Es así como las razones aducidas por el recurrente

⁵ Fol. 134

⁶ Artículo 153. *Competencia de los tribunales administrativos en segunda instancia.* Los tribunales administrativos conocerán en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los jueces administrativos y de las apelaciones de autos susceptibles de este medio de impugnación, así como de los recursos de queja cuando no se conceda el de apelación o se conceda en un efecto distinto del que corresponda.

⁷ Artículo 306. *Aspectos no regulados.* En los aspectos no contemplados en este Código se seguirá el Código de Procedimiento Civil en lo que sea compatible con la naturaleza de los procesos y actuaciones que correspondan a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

ASUNTO
MEDIO DE CONTROL

PROCESO
DEMANDANTE
DEMANDADO

SENTENCIA SEGUNDA INSTANCIA
NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO
DEL DERECHO
63001-3333-751-2015-00077-01
JULIAN ALFONSO HENAO
CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE LA
POLICÍA NACIONAL (CASUR)

en la sustentación de la apelación delimitan la competencia funcional del juez en segunda instancia.

2. PROBLEMA JURÍDICO A RESOLVER

En los términos del recurso de apelación, la Sala debe dilucidar lo siguiente: ¿Se debe ordenar a CASUR a que reconozca a favor del señor JULIAN PARRA BUITRAGO que los porcentajes de reajuste en su asignación de retiro que hubieren sido más favorables entre el aumento salarial de los miembros activos de la Fuerza pública fijados en la escala salarial porcentual o el IPC que se aplica para los reajustes pensionales con fundamento en el art. 14 de la ley 100 de 1993 y que pudieron presentarse durante los periodos **1997 a 2004** se reflejen en el monto de la prestación a partir del año 2005 y hasta su inclusión en nómina?

3. TESIS DE LA CORPORACIÓN

Sostendrá esta Corporación que CASUR debe reconocer a favor del señor JULIAN PARRA BUITRAGO que los porcentajes de reajuste en su asignación de retiro que hubieren sido más favorables entre el aumento salarial de los miembros activos de la Fuerza pública fijados en la escala salarial porcentual o el IPC que se aplica para los reajustes pensionales con fundamento en el art. 14 de la ley 100 de 1993 y que pudieron presentarse durante los periodos 1997 a 2004 se reflejen en el monto de la prestación a partir del año 2005 y hasta su inclusión en nómina.

4. FUNDAMENTO JURÍDICO – FÀCTICO

Los argumentos que permiten arribar a esta respuesta se pueden abordar bajo los siguientes temas centrales: **i)** de lo probado en el proceso; **ii)** reliquidación de la asignación mensual de retiro desde el año 1997; **iii)** el caso concreto.

ASUNTO
MEDIO DE CONTROL

PROCESO
DEMANDANTE
DEMANDADO

SENTENCIA SEGUNDA INSTANCIA
NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO
DEL DERECHO
63001-3333-751-2015-00077-01
JULIAN ALFONSO HENAO
CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE LA
POLICÍA NACIONAL (CASUR)

4.1. DE LO PROBADO EN EL PROCESO

- Que a través de Resolución Nro. 3545 del 28 de agosto de 1990, CASUR reconoció y ordenó el pago de asignación mensual de retiro al señor JULIAN PARRA BUITRAGO, efectiva a partir del 11/10/1990. (fol. 8 vuelto a 9)
- Mediante derecho de petición radicado ante la entidad demandada el día de 03 de febrero de 2014, el hoy demandante solicitó nuevamente la reliquidación y reajuste de su pensión con inclusión del IPC (fol. 4).
- La anterior petición fue atendida por la entidad demandada mediante Oficio N° 4850/OAJ del 12 de marzo de 2014, en la que se le informa al actor que con oficio Nro. 3826 del 30 de mayo de 2006 se le resolvió la misma solicitud y que lo allí resuelto no ha variado. (fol. 5)
- Que el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Armenia a través de sentencia Nro. 176 del 06 de abril de 2011 resolvió el litigio presentado entre las mismas partes, con las misma causa y objeto del presente asunto, accediendo parcialmente a las pretensiones de la demanda, declarando la nulidad del acto demandado y condenando a CASUR a liquidar al actor la diferencia en el reajuste anual de su asignación de retiro según el IPC para los años 2000, 2001, 2002, 2003 y 2004 con efectos fiscales a partir del 17 de diciembre de 2003. (fol. 71 a 87)
- Que esta Corporación, resolvió el grado jurisdiccional de consulta a través de la sentencia Nro. 111-002-2011 del 30 de junio de 2011 por la cual confirmó parcialmente la providencia del 06 de abril de 2011, revocando los numerales tercero, cuarto, quinto y sexto por prescripción de derechos y modificando el numeral segundo sin hacer referencia a que el incremento salarial deberá ser incluido en el monto de la prestación a partir del año 2005 y hasta su inclusión en nómina. (fol. 89 a 100)

ASUNTO
MEDIO DE CONTROL

PROCESO
DEMANDANTE
DEMANDADO

SENTENCIA SEGUNDA INSTANCIA
NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO
DEL DERECHO
63001-3333-751-2015-00077-01
JULIAN ALFONSO HENAO
CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE LA
POLICÍA NACIONAL (CASUR)

4.2. Reliquidación de la Asignación Mensual de Retiro desde el año 1997.

En el caso sub examine, la parte demandante pretende el reajuste de la asignación de retiro⁸ y el consecuente reconocimiento y pago de las diferencias que resulten, debido a que el incremento anual aplicado para dichas vigencias fue inferior al IPC del año anterior.

Con base en ello, se determina en el proceso de la referencia, tal como ha ocurrido en casos semejantes, que existieron algunos años a partir de 1997 y hasta el 31 de diciembre de 2004, en los cuales el porcentaje aplicado anualmente por la entidad accionada para reajustar la asignación de retiro de los miembros de la fuerza pública fue menor al correspondiente al I.P.C. del año anterior para cada vigencia. Por lo tanto, desde esta óptica resulta favorable aplicar el equivalente al I.P.C. sobre las asignaciones de retiro con fundamento en los artículos 279 – párrafo 4° y 14 de la Ley 100 de 1993.

Dicho de otra manera, los grupos exceptuados de la aplicación de la Ley 100 de 1993, entre ellos los miembros de la Fuerza Pública, tienen derecho a que se les reajuste sus pensiones o asignaciones de retiro hasta el 31 de diciembre de 2004, conforme a la variación porcentual del I.P.C., porque, pese a que existe un régimen especial para los miembros de la Fuerza Pública (principio de oscilación), el mismo en ocasiones no resulta más beneficioso que el régimen general de pensiones, razón por la cual, en aras de proteger al trabajador y sus derechos pensionales, debe darse aplicación a la norma general en dicho aspecto; de lo contrario implica admitir una discriminación no autorizada constitucionalmente⁹.

⁸ En sentencia C-432 de 2004 la Corte Constitucional respecto de la naturaleza de la asignación de retiro señaló que: “Es una modalidad de prestación social que se asimila a la pensión de vejez y que goza de un cierto grado de especialidad (en requisitos) atendiendo la naturaleza especial del servicio y las funciones que cumplen los servidores públicos a quienes se les reconoce. Se trata, como bien lo afirman los intervinientes, de establecer con la denominación de “asignación de retiro”, una pensión de vejez o de jubilación para los miembros de la fuerza pública, en la medida que el resto del ordenamiento especial de dichos servidores públicos, se limita a regular las pensiones de invalidez y sobrevivientes. (...)”

⁹ **Rad:** 250002325000201000511101 Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda, Subsección B **Consejero Ponente:** Gerardo Arenas Monsalve 15 de Noviembre de 2012.

ASUNTO
MEDIO DE CONTROL

PROCESO
DEMANDANTE
DEMANDADO

SENTENCIA SEGUNDA INSTANCIA
NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO
DEL DERECHO
63001-3333-751-2015-00077-01
JULIAN ALFONSO HENAO
CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE LA
POLICÍA NACIONAL (CASUR)

4.3. CASO CONCRETO

Descendiendo al caso concreto, se observa que el apoderado de la parte actora interpuso recurso de apelación contra el numeral tercero de la sentencia de primera instancia proferida el 15 de junio de 2016 manifestando que no hubo un real restablecimiento del derecho al condenarse a la parte demandada a reconocer el reajuste de la asignación mensual de retiro solo entre los periodos de **2001 a 2004**, toda vez que el reajuste con IPC procede entre los años **1997 a 2004**, en los años en que este fue mas favorable.

Una vez revisada la sentencia de primera instancia recurrida en esta oportunidad, avizora la Sala que aunque la misma analizó y declaró la excepción de cosa juzgada también accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda, declarando la nulidad del acto administrativo demandado y condenando a CASUR a que reconozca en favor del actor que los porcentajes de reajuste de la asignación de retiro que hubieren sido más favorables entre el aumento salarial de los miembros activos de la Fuerza Pública fijado en la escala salarial porcentual o el IPC que se aplica para los reajustes pensionales y que pudieron presentarse durante los periodos 2001 a 2004 se reflejen en el monto de la prestación a partir del año 2005 y hasta su inclusión en nómina.

Así las cosas, es importante destacar que el fallo proferido por este Tribunal el 30 de junio de 2011 (fol. 89 a 100) no hizo referencia sobre que los incrementos o reajustes en la asignación de retiro por virtud de la aplicación del artículo 14 de la ley 100 de 1993 en los años en los cuales resultó siendo superior al incremento decretado por el gobierno nacional para la fuerza pública, se constituyan como base de liquidación de las mesadas futuras a partir del 01 de enero de 2005, razón suficiente para establecer que únicamente respecto a dicho aspecto no existe cosa juzgada, tal como lo analizó el a quo.

ASUNTO
MEDIO DE CONTROL

PROCESO
DEMANDANTE
DEMANDADO

SENTENCIA SEGUNDA INSTANCIA
NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO
DEL DERECHO
63001-3333-751-2015-00077-01
JULIAN ALFONSO HENAO
CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE LA
POLICÍA NACIONAL (CASUR)

En relación con lo anterior, se pronunció el Consejo de Estado, Sección Segunda en sentencia de 15 de noviembre de 2012, CP. Gerardo Arenas Monsalve¹⁰, al señalar:

“por cuanto si bien dichas diferencias no pueden ser canceladas por encontrarse prescritas, si deben ser utilizadas como base para la liquidación de las mesadas posteriores”

Por consiguiente, la sola circunstancia de que por medio de las decisiones judiciales dictadas en el primer proceso, en especial aquella proferida por ésta corporación el 30 de junio de 2011 al resolver el grado jurisdiccional de consulta se hubiere señalado la no existencia de restablecimiento del derecho al decretar la prescripción de las mesadas anteriores al 17 de diciembre de 2003 no puede significar a su vez que ello se extienda o cubra el derecho que le asiste al actor de que los incrementos en la asignación de retiro con el IPC y a los cuales haya lugar por resultar más favorable que aquel dispuesto por el gobierno nacional para la fuerza pública y con efectos desde el 01 de enero de 1997 – toda vez que su asignación mensual de retiro se le reconoció el 28 de agosto de 1990 con efectos a partir del 11 de octubre de 1990 – y hasta el 31 de diciembre de 2004, se proyecten o mejor, sean la base de los incrementos respecto a las mesadas de los años 2005 y siguientes y así sucesivamente hasta su inclusión en nómina, por lo cual procederá el restablecimiento deprecado, bajo el entendido que a la luz del artículo 48 de la Constitución Política de Colombia se trata de un derecho laboral imprescriptible.

Reafirma lo anterior, lo señalado por el H. Consejo de Estado, quien al resolver un asunto en tutela contra providencia judicial por desconocimiento del precedente jurisprudencial y similar al que en este momento ocupa la atención de la Corporación reafirmó que la prescripción cuatrienal decretada respecto a las mesadas no puede afectar el derecho anual al ajuste de la pensión sobre las mesadas futuras, asunto sobre el que se reitera, la Corporación actuando en grado de consulta omitió pronunciarse, razón que justifica el por qué no resulte oponible pero sobre ese único aspecto la excepción de cosa juzgada.

¹⁰ Expediente 25000 23 25 000 2010 005111 01

ASUNTO
MEDIO DE CONTROL

PROCESO
DEMANDANTE
DEMANDADO

SENTENCIA SEGUNDA INSTANCIA
NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO
DEL DERECHO
63001-3333-751-2015-00077-01
JULIAN ALFONSO HENAO
CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE LA
POLICÍA NACIONAL (CASUR)

En la providencia antes aludida dijo:

“En este orden de ideas debe indicarse que al accionante le asistía el derecho al reajuste de su asignación de retiro con base en el IPC desde el año 2002, sin perjuicio de que se declarara la prescripción cuatrienal sobre las mesadas pensionales no reclamadas en tiempo, pues como se indicó anteriormente, el fenómeno de la prescripción opera sobre las mesadas y no sobre el reajuste como tal y, en ese sentido, si bien no se puede cancelar la diferencia de las mesadas pensionales, dichos conceptos si deben ser utilizados como base para la liquidación de las mesadas posteriores, en la medida en que podrían afectar la asignación de retiro a partir del 2005 liquidada con base en el principio de oscilación, tal y como lo manifestó esta Corporación en la jurisprudencia antes referida.

Conforme a los anteriores planteamientos, es posible concluir que el Tribunal Administrativo de Cundinamarca al revocar la Sentencia de 15 de septiembre de 2010 del Juzgado 18 Administrativo de Bogotá, declarando prescrito el derecho del accionante a percibir el reajuste de su asignación de retiro con base en el IPC porque las mesadas vigentes son posteriores al 15 de diciembre de 2005, fecha en la que ya operaba la oscilación, no se pronunció sobre el aspecto a que se ha hecho referencia en esta Corporación sobre la incidencia de dicho incremento en las mesadas futuras, tal como quedó claro en las Sentencias **i)** de 27 de enero de 2011, M.P. Doctor Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, radicado interno No. 1479-09, **ii)** de 25 de noviembre de 2010, con ponencia de quien ahora lo hace en el presente asunto, radicado interno No. 2062-2009 y **iii)** de 29 de julio de 2010, C.P. Doctor Alfonso Vargas Rincón, radicado interno No. 1631-2008, según las cuales las diferencias reconocidas a la base pensional por el reajuste con el IPC sí deben ser utilizadas para la liquidación de las mesadas posteriores pues tienen la potencialidad de afectar sus mesadas posteriores.

Por lo anterior, esto es, por observarse que el Tribunal no hizo análisis de dicha situación, se reitera, la incidencia que un reajuste del IPC hasta el año

ASUNTO
MEDIO DE CONTROL

PROCESO
DEMANDANTE
DEMANDADO

SENTENCIA SEGUNDA INSTANCIA
NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO
DEL DERECHO
63001-3333-751-2015-00077-01
JULIAN ALFONSO HENAO
CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE LA
POLICÍA NACIONAL (CASUR)

2004 puede tener en la base de la asignación a partir del año 2005, de cara no solamente a lo sostenido por esta Corporación sino al caso concreto del accionante, con miras a concluir si efectivamente en su situación ello no tenía relevancia a partir del año 2005, es viable acceder a las pretensiones, con el objeto de que el Tribunal analizando dichas circunstancias clarifique las razones por las cuales hay o no lugar a revocar la providencia del *a quo*.

Dado que el presente litigio supera los requisitos de procedibilidad enunciados con anterioridad y se observa la configuración de un defecto de fondo, como lo es el desconocimiento del precedente judicial y violación de los derechos fundamentales al debido proceso e igualdad, la Sala concederá el amparo constitucional invocado, a fin de dejar sin efectos la Sentencia de 7 de abril de 2011 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Segunda – Subsección C, mediante el cual se revocó el fallo de 15 de septiembre de 2010 emitido por el Juzgado 18 Administrativo de Bogotá, que accedió a las súplicas de la demanda incoada por Jorge Enrique Vargas Peñuela contra la Nación, Ministerio de Defensa, Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, por cuanto no tuvo en cuenta los parámetros jurisprudenciales aquí referidos ni se analizó el caso concreto del accionante para concluir que en su caso el reajuste del IPC hasta el 2004, al que tenía derecho, no incidía en sus mesadas futuras.”

En tal sentido, el hecho de que se haya accedido a la reliquidación de la base con fundamento en el IPC, hace que tal monto se vaya incrementando de manera cíclica y a futuro de manera ininterrumpida sobre la base pensional, pues como se ha precisado, las diferencias reconocidas deben ser utilizadas para la liquidación de las mesadas posteriores, tal como fue expuesto en la sentencia recurrida.

EN CONCLUSIÓN, para la Corporación la providencia del *a quo* debe confirmarse en lo que corresponde con la declaratoria de la excepción de cosa Juzgada, pero con la aclaración que lo será de forma parcial por que ello no cubre o se extiende a afectar el derecho imprescriptible a que las diferencias reconocidas deban ser utilizadas para la liquidación de las mesadas posteriores, razón que impone que

ASUNTO
MEDIO DE CONTROL

PROCESO
DEMANDANTE
DEMANDADO

SENTENCIA SEGUNDA INSTANCIA
NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO
DEL DERECHO
63001-3333-751-2015-00077-01
JULIAN ALFONSO HENAO
CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE LA
POLICÍA NACIONAL (CASUR)

en la parte resolutive deban adoptarse las modificaciones a la sentencia del a quo que garanticen los alcances de la cosa juzgada.

Por otro lado, de conformidad con lo dispuesto en los arts. 188 del CPACA y 365 numeral 5 del CGP no se condenará en costas a la parte actora, toda vez que las pretensiones del recurso prosperaron.

III. DECISION

En mérito de lo expuesto el Tribunal Administrativo del Quindío, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral primero de la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Administrativo Oral del Circuito de Armenia el 15 de junio de 2016, mediante la cual se acogieron parcialmente las pretensiones de la demanda, el cual quedará así:

“**PRIMERO: DECLARAR** probada la excepción de cosa juzgada en relación con las pretensiones de la demanda, salvedad hecha del aparte relacionado con considerar que: “las diferencias reconocidas a la base pensional por el reajuste con el IPC sí deben ser utilizadas para la liquidación de las mesadas posteriores pues tienen la potencialidad de afectar las mesadas posteriores.”

SEGUNDO: MODIFICAR el numeral tercero de la sentencia recurrida el cual quedará así:

“**CONDENAR** a la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional a reconocer en favor de Julián Parra Buitrago **que** los porcentajes de reajuste en su asignación de retiro que hubieren sido más favorables entre el aumento salarial de los miembros activos de la Fuerza Pública fijado en la

ASUNTO
MEDIO DE CONTROL

PROCESO
DEMANDANTE
DEMANDADO

SENTENCIA SEGUNDA INSTANCIA
NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO
DEL DERECHO
63001-3333-751-2015-00077-01
JULIAN ALFONSO HENAO
CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE LA
POLICÍA NACIONAL (CASUR)

escala salarial porcentual o el IPC que se aplica para los reajustes pensionales con fundamento en el artículo 14 de la ley 100 de 1993 y que pudieron presentarse durante los periodos 1997 a 2004 **se reflejen en el monto de la prestación a partir del año 2005 y hasta su inclusión en nómina.**”

TERCERO: De conformidad con lo dispuesto en los arts. 188 del CPACA y 365 numeral 5 del CGP no se condenará en costas a la parte actora, toda vez que las pretensiones del recurso prosperaron.

CUARTO: En firme esta providencia, devuélvase el expediente al Juzgado de origen, previa anotación en el programa informático “Justicia Siglo XXI”.

Este fallo se discutió y aprobó en Sala tal y como consta en el Acta de Sala Ordinaria Nro. 05 de la fecha.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

JUAN CARLOS BOTINA GOMEZ

ALEJANDRO LONDOÑO JARAMILLO

RIGOBERTO REYES GÓMEZ

ASUNTO
MEDIO DE CONTROL

SENTENCIA SEGUNDA INSTANCIA
NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO
DEL DERECHO
63001-3333-751-2015-00077-01
JULIAN ALFONSO HENAO
CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE LA
POLICÍA NACIONAL (CASUR)

PROCESO
DEMANDANTE
DEMANDADO



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL QUINDÍO
Creado por la ley 2 del 07 de enero de 1966
ARMENIA - SISTEMA ORAL
CONSTANCIA DE EJECUTORIA

La providencia que antecede, quedó legalmente ejecutoriada a las
5:00 p.m. del día _____ de _____ del año _____

Armenia Quindío _____ de _____ del año _____

Secretaria General