

ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL / VULNERACIÓN DEL DERECHO A LA IGUALDAD, AL DEBIDO PROCESO Y AL MÍNIMO VITAL / CONFIGURACIÓN DE DEFECTO POR VIOLACIÓN DIRECTA DE LA CONSTITUCIÓN / COSA JUZGADA EN MATERIA PENSIONAL – No puede estar por encima de la realización del derecho sustancial / SUJETO DE ESPECIAL PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL – Pensionado de la tercera edad / REAJUSTE DE LA ASIGNACIÓN DE RETIRO DE INTEGRANTE DE LAS FUERZA MILITARES – Se realiza de acuerdo con el aumento del IPC

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, y se permite corregir la desvalorización constante y progresiva de la mesada 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, lo que quebranta las garantías fundamentales mencionadas. (...) Por tanto, 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 del 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 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 la accionante, debido a su avanzada edad y a su condición de retiro, son sujetos de especial protección por el Estado, máxime cuando ha quedado demostrado que la asignación de retiro que recibe, por no haber sido debidamente actualizada, se encuentra empobrecida, lo que afecta su derecho fundamental al mínimo vital. (...) Así las cosas, esta Subsección considera que es viable que la accionante pueda reclamar 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. (...) Repárese que la presente discusión gira en torno de 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.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA – ARTÍCULO 13 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA – ARTÍCULO 29 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA – ARTÍCULO 228 / DECRETO 2591 DE 1991 / LEY 270 DE 1996 – ARTÍCULO 4º.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN SEGUNDA – SUBSECCIÓN A

Consejero ponente: GABRIEL VALBUENA HÉRNANDEZ

Bogotá D.C., doce (12) de marzo de dos mil veinte (2020)

Radicación número: 11001-03-15-000-2020-00476-00(AC)

Actor: CECILIA DEL CARMEN MARTÍNEZ OVIEDO

Demandado: TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL ATLÁNTICO

Decide la Sala la acción de tutela promovida por la señora Cecilia del Carmen Martínez Oviedo, en contra del Tribunal Administrativo del Atlántico

I. ANTECEDENTES

La señora Cecilia del Carmen Martínez Oviedo, actuando por conducto de apoderada, invoca la protección de los derechos fundamentales al debido proceso, igualdad, seguridad social y mínimo vital, presuntamente vulnerados por el Tribunal Administrativo del Atlántico, al expedir la sentencia de 9 de octubre de 2019.

1. HECHOS

1.1. Mediante Resolución No.301 de 18 de marzo de 1976, la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares – CREMIL –, le reconoció al señor Alfredo Gómez Gómez la asignación de retiro, por haberse desempeñado como Suboficial Jefe Técnico de la Armada Nacional.

1.2. El señor Gómez Gómez le solicitó a CREMIL el reajuste de su asignación de retiro conforme al índice de precios al consumidor, entre los años 1997 y 2004, petición que fue desatada de manera negativa por la entidad en oficio de 33511 de 12 de septiembre de 2007.

1.3. Contra el anterior oficio, interpuso acción de nulidad y restablecimiento del derecho, de la que conoció en primera instancia el Juzgado 4º Administrativo de Barranquilla, despacho que en sentencia de 14 de abril de 2011, ordenó el reajuste solicitado, únicamente desde el 27 de agosto de 2003 en adelante, y declaró prescritas las mesadas anteriores. Esta decisión fue confirmada por el Tribunal Administrativo del Atlántico mediante providencia de 5 de octubre de 2011.

1.4. Posteriormente, el 17 de noviembre de 2015, la señora Cecilia del Carmen Martínez Oviedo, en calidad de cónyuge supérstite del señor Gómez Gómez, solicitó nuevamente el reajuste de la asignación de retiro pero por el periodo comprendido entre 1997 y el 26 de agosto de 2003, petición que fue negada por CREMIL mediante Oficio 107042 del 14 de diciembre de 2014.

1.5. Contra este acto administrativo instauró medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, del que conoció en primera instancia el Juzgado 2º Administrativo Oral de Barranquilla, despacho que, por medio de providencia de 15 de marzo de 2019, declaró probada la excepción de cosa juzgada parcial.

1.6. Apelada la decisión, el Tribunal Administrativo del Atlántico, en proveído de 9 de octubre de 2019, revocó lo resuelto por el *a quo* para, en su lugar, declarar probada la excepción de cosa juzgada.

2. FUNDAMENTOS DE LA ACCIÓN

En el escrito contentivo de la demanda de tutela se sostiene que la providencia de 9 de octubre de 2019, resulta violatoria de sus derechos fundamentales, toda vez que el tribunal, en una interpretación contraria a la jurisprudencia del Consejo de Estado, declaró probada la excepción de cosa juzgada sobre todas las mesadas, cuando lo que ocurre, según el máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo, es el fenómeno de cosa juzgada relativa.

Al efecto, invoca como desconocidas, las providencias de 8 de junio de 2016 (2016-00471-00, M.P. Roberto Augusto Serrato Valdés), de 11 de septiembre de 2017 (2017-01921-00, M.P. Gabriel Valbuena Hernández), de 27 de septiembre de 2018 (2018-01588-01, M.P. Carlos Enrique Moreno Rubio), entre otras, en las que, en asuntos idénticos, se protegió el derecho fundamental de mantener el poder adquisitivo de la mesada pensional, por ser un mandato directo de la Constitución.

3. PRETENSIONES

«(...) 03.- Solicito se revoque las sentencias (sic) de segunda instancia proferida por el TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL ATLÁNTICO, donde decretaron LA OPERACIÓN DE LA FIGURA JURÍDICA DE LA COSA JUZGADA, por haber vulnerado los derechos reconocidos en normas vigentes, como es la Ley 100 de 1993, Ley 238 de 1995, al no reconocer el incremento de la asignación de retiro con base al Índice de Precios al Consumidor a partir del 01 de enero de 1997, hasta el 26 de agosto de 2003, y este resultado aplicarlo hasta diciembre de 2004 con base en el IPC y a partir de este resultado aplicarlo a partir del 01 de enero de 2005 y años subsiguientes donde empieza a regir nuevamente el Decreto 4433 de 2004, el principio de oscilación.

04.- Solicito se disponga y ordene la revocatoria del fallo del TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL ATLÁNTICO, SECCIÓN A, de fecha 09 de octubre de 2019, donde aplico (sic) LA OPERACIÓN DE LA FIGURA JURÍDICA DE LA COSA JUZGADA y ordenar el reconocimiento, reajuste y pago de la asignación de retiro con base en el I.P.C. aplicando la prescripción cuatrienal que ordena el Decreto 1211 de 1990, artículo 174, liquidando desde el 01 de enero de 199 con obligación efectiva a pagar a partir del 17 de noviembre de 2011, en razón al derecho de petición presentado el 17 de noviembre de 2015» (f. 2).

4. INFORMES

Mediante auto de 14 de febrero de 2020, se admitió la acción de tutela de la referencia y se ordenó notificar al Tribunal Administrativo del Atlántico como accionado y a CREMIL como tercero interesado en las resultas de este proceso (f. 33).

4.1. El Tribunal Administrativo del Atlántico (f. 41), por conducto de la magistrada ponente de la decisión cuestionada, señaló que las consideraciones consignadas en el auto de 9 de octubre de 2019 no adolecen de defecto alguno, por lo que pidió despachar negativamente la presente acción de tutela.

4.2. CREMIL (f. 47), en similares términos, se opuso a la prosperidad de la acción de tutela, señalando que la providencia de 9 de octubre de 2019 no fue expedida en forma caprichosa ni arbitraria, sino con sujeción al ordenamiento jurídico.

II. CONSIDERACIONES

1. Competencia

La Sala de Subsección es competente para conocer de la presente acción de tutela, el Decreto 2591 de 1991 y el Acuerdo 080 de 2019.

2. Problema jurídico

De conformidad con los antecedentes descritos, corresponde a esta Sala determinar:

¿Es procedente la acción de tutela contra la providencia judicial cuestionada?

En caso de ser afirmativo, se deberá establecer:

¿El Tribunal Administrativo del Atlántico, al expedir la providencia de 9 de octubre de 2019, mediante la cual declaró probada la excepción de cosa juzgada respecto de la solicitud de reajuste de la asignación de retiro, incurrió en una violación directa de la Constitución?

3. La acción de tutela contra providencias judiciales

En términos generales y de acuerdo con la doctrina constitucional vigente¹ aceptada mayoritariamente por la Sala Plena de esta Corporación², es posible acudir al recurso de amparo para obtener la protección material de los derechos fundamentales, cuando éstos resulten amenazados o vulnerados por decisiones judiciales. Ello, en atención a que el ejercicio de la judicatura como cualquier rama del poder en el Estado democrático, supone la absoluta sujeción a los valores, principios y derechos que la propia Constitución establece, y en esa perspectiva, cualquier autoridad investida de la potestad de administrar justicia, sin importar su linaje, es susceptible de ser controlada a través de ese mecanismo constitucional cuando desborda los límites que la Carta le impone.

Ahora bien, siendo la tutela una acción de carácter excepcional y residual, supone el cumplimiento de ciertas exigencias por parte de quien pretende la protección de

¹ Corte Constitucional. Sentencia C-590-05.

² Sentencia de treinta y uno (31) de julio de dos mil doce (2012). Radicación número: 11001-03-15-000-2009-01328-01(IJ) Actor: Nery Germania Álvarez Bello. C.P. María Elizabeth García González.

sus derechos, en tanto que el ejercicio natural de la jurisdicción se inscribe dentro de procedimientos destinados a la eficacia de los mismos y en esa medida las controversias que allí surjan, son subsanables en el contexto del proceso. De ahí que la Corte Constitucional estructurara después de años de elaboración jurisprudencial, los requisitos generales y especiales de procedencia de la acción de tutela contra decisiones judiciales, que tienen como sano propósito garantizar el delicado equilibrio entre el principio de seguridad jurídica, la autonomía e independencia de los jueces para interpretar la ley y la necesidad de asegurar la vigencia efectiva de los derechos constitucionales fundamentales.

Los presupuestos generales responden al carácter subsidiario de la tutela y por lo mismo deben cumplirse en cualquier evento para su interposición, mientras que los especiales deben cumplirse para que la protección del derecho fundamental prospere.

En efecto, son requisitos para que proceda el estudio de una acción de tutela contra una providencia judicial, (i) el deber de precisar los hechos y las razones en que se fundamenta la acción, (ii) cumplir con el requisito de subsidiariedad de la acción, al no contar o haber agotado todos los mecanismos judiciales ordinarios y extraordinarios a su alcance para la protección de sus derechos fundamentales en sede del juez natural, (iii) cumplir con el requisito de inmediatez de la acción, y, finalmente, (iv) acreditar que el asunto es de evidente relevancia constitucional.

De otra parte, la doctrina constitucional ha señalado las causales especiales, indicando que la acción constitucional resulta procedente únicamente en aquellos eventos en los cuales, con ocasión de la actividad jurisdiccional, se vean afectados derechos fundamentales, al verificar la ocurrencia de uno de los siguientes eventos: (i) defecto sustantivo, orgánico o procedimental, (ii) defecto fáctico, (iii) error inducido, (iv) decisión sin motivación, (v) violación directa de la Constitución, y (vi) desconocimiento del precedente.

3.1.- En el presente caso, advierte la Sala que la pretensión de amparo constitucional cumple con los requisitos generales diseñados por la jurisprudencia, que habilitan su interposición.

3.1.1. En efecto, los hechos que generaron la vulneración como los derechos vulnerados se encuentran plenamente individualizados.

3.1.2. Así mismo se encuentra que la providencia objeto de tutela carece de recursos ordinarios y extraordinarios para obtener el amparo constitucional.

3.1.3. Se advierte igualmente que la interposición del mecanismo constitucional se dio en un lapso «razonable y proporcionado», contado desde la expedición de la decisión cuestionada (9 de octubre de 2019) hasta la radicación de la acción de tutela en la Secretaría General de esta Corporación (10 de febrero de 2020).

3.1.4. Finalmente el asunto a resolver es de marcada relevancia constitucional, en la medida que se circunscribe a establecer una presunta violación *ius fundamental* como consecuencia de la supuesta violación de la Constitución en que incurrió el Tribunal Administrativo del Atlántico.

3.2. Violación directa de la Constitución

La Constitución Política de Colombia, como normatividad superior de todo el ordenamiento debe guiar las actuaciones de los asociados y sobre todo, las decisiones de las autoridades públicas, las cuales deben obrar conforme a los

postulados que la Carta establece, máxime, en tratándose de reglas de aplicación directa que al desconocerse configurarían la vulneración de derechos fundamentales.

La Corte Constitucional ha reconocido en su jurisprudencia, la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales cuando dichas decisiones se hayan expedido inobservando los axiomas constitucionales, entre otros, en los casos en los que se aplica la ley al margen de los dictados de la Constitución³, desconociendo que según el artículo 4 de la Carta, la Constitución es norma de normas y tiene aplicación preferente frente a las disposiciones legales.

El máximo órgano de la jurisdiccional ha sostenido al respecto que:

« (...) el actual modelo de ordenamiento constitucional reconoce valor normativo a los preceptos superiores, de modo tal que contienen mandatos y previsiones de aplicación directa por las distintas autoridades y, en determinados eventos, por los particulares. Por ende, resulta plenamente factible que una decisión judicial pueda cuestionarse a través de la acción de tutela cuando desconoce o aplica indebida e irrazonablemente tales postulados.»⁴

Así las cosas, el juez constitucional en sede de tutela se encuentra plenamente facultado para hacer respetar la supremacía constitucional con miras que los principios fundantes de nuestro ordenamiento jurídico tengan plena validez y eficacia en todo momento.

4. Fundamentos de decisión y análisis de la Sala

4.1. El derecho constitucional al reajuste periódico de las mesadas de las pensiones⁵

Ha señalado de manera reiterada la Corte Constitucional que diversos preceptos de rango constitucional configuran **un derecho constitucional de los pensionados a mantener el poder adquisitivo de su mesada pensional**. Este derecho, además de estar consagrado expresamente en los artículos 48 y 53 de la Carta Política, puede derivarse de una interpretación sistemática de distintos enunciados normativos contenidos en la Constitución Política.

Así lo ha dicho la mencionada Corporación:

«Así, por una parte, el artículo 48 constitucional contiene una clara previsión al respecto cuando establece que “[l]a ley definirá los medios para que los recursos destinados a pensiones mantengan su poder adquisitivo constante”. Este precepto, aunque presenta cierto grado de indeterminación (...), señala explícitamente un deber constitucional en cabeza del Congreso de la República y por lo tanto sirve de parámetro de control de las medidas adoptadas por el poder legislativo en la materia.

El artículo en comento fue adicionado por el Acto Legislativo 01 de 2005, el cual introdujo un inciso del siguiente tenor: “Sin perjuicio de los descuentos, deducciones y embargos a pensiones ordenados de acuerdo con la ley, por

³ Corte Constitucional, Sentencia T-704 de 2012, Magistrado Ponente: Luis Ernesto Vargas Silva.

⁴ Corte Constitucional, Sentencia T-1028 de 2010, Magistrado Ponente: Humberto Sierra Porto.

⁵ Se hace referencia *in extenso* a la sentencia T-020-11.

ningún motivo podrá dejarse de pagar, congelarse o reducirse el valor de la mesada de las pensiones reconocidas conforme a derecho” (negritas añadidas). Por otra parte, el artículo 53 constitucional señala que “[e]l Estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales”.

De estos dos últimos enunciados normativos se desprende claramente un derecho constitucional cuyo titular son los pensionados, y cuyo contenido comprende (i) el pago oportuno de las mesadas pensionales, (ii) su reajuste periódico. Este derecho a su vez implica prohibiciones correlativas: (i) dejar de pagar las mesadas, (ii) congelar su valor o (iii) reducirlas. 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, pero en todo caso al Estado Colombiano le corresponde *garantizar* el reajuste periódico de las pensiones legales.

Igualmente para la configuración del derecho constitucional de los pensionados al mantenimiento del poder adquisitivo de la mesada pensional resultan también relevantes principios y derechos fundamentales consagrados en la Carta de 1991, algunos de los cuales encuentran aplicación específica en derecho laboral, como el principio *in dubio pro operario* (art. 48 de la C.P.), mientras que otros son principios fundantes del Estado colombiano y tiene vigencia en todos los ámbitos del derecho y deben guiar la actuación de los poderes públicos y de los particulares, tales como el principio de Estado social de derecho (Art. 1 constitucional), la especial protección constitucional a las personas de la tercera edad (Art. 46 de la C. P.), el derecho fundamental a la igualdad (Art. 13 de la C. P.) y el derecho al mínimo vital.

(...)

Por otra parte, caber recordar brevemente que el surgimiento y consolidación del Estado social de derecho estuvo ligado al reconocimiento y garantía de derechos económicos, sociales y culturales, entre los que ocupa un lugar destacado el derecho a la seguridad social, de manera tal que la actualización periódica de las mesadas pensionales sería una aplicación concreta de los deberes de garantía y satisfacción a cargo del Estado colombiano en materia de los derechos económicos, sociales y culturales en virtud del modelo expresamente adoptado por el artículo primero constitucional.

Adicionalmente, el derecho a la actualización de la mesada pensional no puede ser reconocido exclusivamente a determinadas categorías de pensionados, porque un trato diferenciado de esta naturaleza carecería de justificación constitucional, y se convierte en un trato discriminatorio. En efecto, desde la perspectiva constitucional resulta insostenible la tesis que la actualización de las pensiones es un derecho constitucional del cual sólo son titulares aquellos pensionados que el Legislador determine, precisamente porque tal postura acarrearía la vulneración de los restantes principios a los que se ha hecho mención y de los derechos fundamentales de aquellas personas excluidas del goce de la actualización periódica de sus pensiones. Si bien el derecho a la actualización de la mesada pensional surge en virtud de lo que la doctrina ha denominado el proceso de especificación en el reconocimiento de los derechos, de manera tal que su titularidad se reserva a un determinada categoría de sujetos –los pensionados- dentro de tal categoría su titularidad ha de ser universal, y por lo tanto exclusiones derivadas del tránsito legislativo carecen de justificación.

Por último, la jurisprudencia constitucional ha establecido que la mesada pensional es un mecanismo que garantiza el derecho al mínimo vital de las personas de la tercera edad, porque esta prestación periódica dineraria permite a los pensionados acceder al conjunto de prestaciones constitutivas de este derecho, en esa medida se han establecido presunciones tales como que el no pago de la mesada pensional vulnera el derecho al mínimo vital. Por lo tanto la actualización periódica de esta prestación es simultáneamente una garantía del derecho al mínimo vital y una medida concreta a favor de los pensionados, por regla general adultos mayores o personas de la tercera edad y por lo tanto sujetos de especial protección constitucional.

(...)

Las anteriores consideraciones resultan relevantes en lo que hace referencia al contenido del *derecho a mantener el poder adquisitivo de las pensiones*, porque a juicio de esta Corporación éste no se limita a la actualización de las mesadas pensionales una vez han sido reconocidas por la entidad competente, *sino que también incluye la actualización del salario base para la liquidación de la primera mesada*. Al respecto cabe destacar que las numerosas decisiones de tutela⁶ proferidas por esta Corporación en las cuales se ha ocupado de la indexación del salario base para liquidar la pensión de jubilación se ha entendido que esta pretensión en concreto esta cobijada por el derecho a la actualización de las mesadas pensionales.

Así, en algunas ocasiones se ha afirmado que precisamente la no indexación del salario base es un supuesto que le confiere carácter fundamental al derecho a la actualización de las mesadas pensionales, sobre esta línea argumentativa es ilustradora la sentencia T-906 de 2005 antes citada:

No obstante lo anterior, la Corte no desconoce que el derecho a mantener el poder adquisitivo de las pensiones puede llegar a considerarse excepcionalmente como un derecho fundamental por conexidad.

Esto ocurre, por ejemplo, cuando se rompe de manera abrupta la proporción entre el valor histórico de la pensión y su valor actual y esta circunstancia tiene como consecuencia la afectación del derecho al mínimo vital, a partir de una valoración de mínimo patrimonial. Es decir cuando la mesada pensional ha sufrido una depreciación tan insoportable que negar el derecho a mantener el poder adquisitivo de la pensión, amenaza las condiciones de subsistencia del titular del derecho prestacional.

Esto también puede ocurrir cuando de las circunstancias concretas sea posible concluir, que se ha presentado un trato discriminatorio por parte de las entidades encargadas del pago de las mesadas pensionales. Así sucede cuando por ejemplo, sin ningún criterio relevante, estas entidades deciden indexar las mesadas de algunos de sus pensionados y no así las de otros, estando todos ellos en el mismo supuesto de hecho fáctico y jurídico (negrillas agregadas).»⁷.

4.2. De la jurisprudencia del Consejo de Estado en relación con el reajuste de las asignaciones de retiro de los miembros de la Fuerza Pública

⁶ Ver entre otras la sentencias SU-120 de 2003, T-1169 de 2003, T-663 de 2003, T-805 de 2004, T-815 de 2004, T-098 de 2005.

⁷ Corte Constitucional, sentencia T-020 de 2011.

En desarrollo de los postulados constitucionales y la jurisprudencia de la Corte Constitucional citados en el acápite precedente, ha señalado la Sección Segunda de esta Corporación, que con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley 238 de 1995, los pensionados excluidos de la aplicación de la Ley 100 de 1993, como los miembros de las Fuerzas Militares, 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.

Dicha postura inicialmente se perfiló para reajustar las asignaciones de retiro causadas entre 1997 y el 2004, por cuanto, a partir de este último año, con ocasión de la entrada en vigencia del Decreto 4433, se implementó nuevamente el principio de oscilación que regía con anterioridad, eliminando la diferencia generada para los beneficiarios del régimen especial mencionado.

No obstante, después de un juicioso desarrollo jurisprudencial por parte de la Sección Segunda de esta Corporación, se estableció que el reajuste de las asignaciones de retiro efectuado en el periodo mencionado, esto es, 1997 a 2004, tenía un efecto cíclico frente a las asignaciones causadas después del 2005, en virtud precisamente de la modificación de la base de la asignación. Así lo señaló esta Sección:

«Por ello, es indiscutible que la conclusión a la que arribó el *a quo*, de suponer que por efectos de la prescripción puede negarse el derecho al reajuste posterior a 2004, es errónea pues desconoce que el monto base de liquidación se vaya incrementando de manera cíclica y a futuro **de manera ininterrumpida**, debido a que las diferencias reconocidas a la base pensional deben ser utilizadas para la liquidación de las mesadas posteriores. Por ello, el señalar, como se hizo en esa pretérita oportunidad que el límite del reajuste sería hasta el 31 de diciembre de 2004, y que como la petición se formuló en el año de 2010 debían negarse las pretensiones de la demanda, es una decisión que afecta la base pensional para los periodos siguientes y desconoce que el efecto de reajuste pensional no depende de la solicitud en vía gubernativa, pues se afectan son las mesadas no reclamadas, mas no el derecho al reajuste, de carácter irrenunciable cuyo génesis es el principio del no congelamiento de su valor.

Ahora bien, con esta conclusión, se responde el interrogante del actor referente a la solicitud de *“reajuste de la asignación de retiro, año por año, a partir de 1997 a la fecha, con los nuevos valores que arroje la reliquidación solicitada en el literal anterior.”*⁸

No obstante, cuál es la respuesta que se puede brindar a la pretensión de *“ordenar el pago efectivo e indexado de los dineros correspondientes a la diferencia que resulte entre la liquidación solicitada y las sumas canceladas por concepto de asignación de retiro **desde el año de 1997 en adelante hasta la fecha en que sea reconocido el derecho precitado**”*⁹

En efecto, considera la Sala que el reajuste de la asignación de retiro de manera cíclica e ininterrumpida con base en el índice de precios al consumidor, además de afectar la base de liquidación de la mesada, genera

⁸ Visible a folio 4.

⁹ Tanto en el derecho de petición como en la demanda se concluye la mencionada pretensión. Visible a folios 4 y 15 del expediente.

una diferencia dineraria, que no se interrumpe en el año 2004, sino que sigue causándose hasta que se lleve a cabo por parte de la entidad accionada el reajuste de la asignación de retiro, en los términos acá indicados, conforme al IPC por los años en que el principio de oscilación fue desfavorable, y hasta que el monto de la asignación de retiro llegue a términos de “normalidad” o equilibrio.

Así, de ordenarse solamente el reajuste de la asignación de retiro a futuro, sin ordenar el pago de las diferencias generadas, atendiendo al fenómeno de la prescripción, sería desconocer el efecto económico que se genera por la descompensación de la liquidación de la asignación de acuerdo al IPC cuando éste fue inferior a tal guarismo en el período 1997 – 2004, afectando las consecuencias futuras en la liquidación de la asignación de retiro»¹⁰.

5. Caso concreto

En el presente asunto, la accionante reprocha la decisión de 9 de octubre de 2019, mediante la cual el Tribunal Administrativo del Atlántico, declaró probada la excepción de cosa juzgada dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho encaminado a obtener el reajuste de la asignación de retiro conforme al IPC para los años 1997 al 26 de agosto de 2003, argumentando que ya se había tramitado proceso anterior con el mismo objeto.

Al efecto, señaló el Tribunal Administrativo del Atlántico:

«Se tiene que en el sub lite, el Juez Segundo (02) Administrativo Oral de Barranquilla declaró probada la excepción de cosa juzgada parcial por considerar que coexisten parte del objeto y de causa petendi, en el presente medio de control, es de advertir que las partes efectivamente son las mismas en relación con el proceso previo, sentencia proferida por el Juzgado Cuarto (04) Administrativo de Barranquilla y posteriormente confirmada por el Tribunal Administrativo del Atlántico cuya providencia concibe la fecha del 14 de abril de 2011.

(...)

Vale recalcar el carácter inmutable que se predica en la jurisprudencia traída a colación, en lo referente a los asuntos que ya han tenido la oportunidad en sede contenciosa administrativa de ser resueltos, impidiendo un nuevo pronunciamiento en un segundo proceso cuyas características de sujetos, objeto y causa petendi sean iguales y no físicamente exactas. En el caso sub examine, si bien no es exactamente el mismo actor, la calidad que tiene la actual actora, suple al anterior en las mismas condiciones y supuestos, es eso particularmente lo que le otorga el derecho de actuar en un nuevo proceso ante la jurisdicción, para el caso especial, en condición de cónyuge supérstite.

Atendiendo lo antes dicho y aplicándolo a las características del objeto y la causa petendi, se sustrae, que de ellas lo mismo se exige en cuanto a las condiciones del sujeto; si bien no son exactamente las mismas, porque no se

¹⁰ Consejo de Estado – Sección Segunda – Subsección A. sentencia de 24 de octubre de 2012, accionante: JOSÉ ELÍAS NIÑO HERRERA, demandado: CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES. M.P. GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN.

expresan igual en su literalidad, no hay una diferencia significativa en lo que desean expresar.

El Juez actual en primera instancia, hace referencia y sugiere que, a pesar de que en el anterior proceso se trazaron las mismas pretensiones “objeto” y básicamente los mismos hechos “causa petendi”, el Juez soslayó que dichas prestaciones (las que oscilan entre 1997 y 2003) no eran susceptibles de ser declaradas prescritas, lo que prácticamente enfoca el único fundamento que se pudo identificar de la decisión tomada por el juez de primera instancia, dicho fundamento para la Sala no se considera suficiente o en su defecto correcto; porque, si bien es cierto que a raíz de la primera providencia se generaron inconformidades, esta no es la forma de oponerse a tales, siendo que ya había cursado un proceso en igualdad de condiciones, mediante el mismo medio de control y ante la misma jurisdicción.

Referente a los hechos, no se encuentra uno distinto que no fuera la sentencia proveída en el primer proceso, manifiesta el *a quo* que no se encuentra ajustada a derecho, sin embargo, no tiene la capacidad para pronunciarse sobre una decisión proferida por otro Juez en las calidades ya mencionadas, así como tampoco de su superior jerárquico, el Tribunal Administrativo del Atlántico.

En relación con el fundamento del juez que precede el proceso, la Sala encuentra que no existe diferencia alguna que amerite dar por probada la excepción de cosa juzgada parcial, por el contrario se debe declarar la excepción de cosa juzgada total, sobre todos y cada uno de los puntos objeto del litigio en el presente proceso» (f. 17).

Ahora bien, lo pretendido por el señor Alfredo Gómez Gómez (q.e.p.d.) en el primer proceso de nulidad y restablecimiento era precisamente obtener el reajuste de su asignación de retiro conforme al IPC entre los años 1997 y 2004. Sin embargo, pese a tener derecho, los falladores de instancia omitieron dar orden alguna frente al reajuste de la base de la asignación de retiro devengada por el entonces demandante, por considerar que las mesadas causadas con anterioridad al 26 de agosto de 2003 estaban prescritas, lo que precisamente motivó una nueva solicitud ante la administración y por tanto, una nueva demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, cuya decisión de segunda instancia es objeto de reproche dentro de la acción de la referencia.

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 a la hoy accionante de mantener el poder adquisitivo de su mesada, consagrado en dos enunciados normativos distintos de la Constitución Política, que a juicio de la Subsección constituyen 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, y se permite corregir la desvalorización constante y progresiva de la mesada 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, lo que quebranta las garantías fundamentales mencionadas.

Por tanto, 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 del 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 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 la accionante, debido a su avanzada edad y a su condición de retiro, son sujetos de especial protección por el Estado, máxime cuando ha quedado demostrado que la asignación de retiro que recibe, por no haber sido debidamente actualizada, se encuentra empobrecida, lo que afecta su derecho fundamental al mínimo vital.

Así las cosas, esta Subsección considera que es viable que la accionante pueda reclamar 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 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 de 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.

Vale la pena señalar que esta postura ha sido avalada por esta Subsección en diversas oportunidades, entre ellas, en las sentencias de tutela de 27 de octubre de 2016 (radicado número 11001-03-15-000-2016-00471-01, accionante: PAULINO LÓPEZ ARIAS, accionado: TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ Y OTRO), de 11 de septiembre de 2017 (radicado número 11001-03-15-000-2017-01921-00, accionante: JESÚS ANTONIO BRAVO SILVA, accionado: TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL VALLE DEL CAUCA Y OTRO), M.P. GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ, y de 17 de abril de 2017 (radicado número: 11001-03-15-000-2017-00224-00, actor: ELIECER ROA ARAGONÉS, accionado:

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE NARIÑO Y OTRO), M.P. WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ), razón por la cual, siguiendo la línea que ha construido sobre la materia, protegerá los derechos fundamentales al mínimo vital, debido proceso e igualdad de la accionante.

Como consecuencia de lo anterior, se dejará sin efectos la providencia de 9 de octubre de 2019, proferida por el Tribunal Administrativo del Atlántico, para que dicha autoridad, en el término de treinta (30) días contados a partir de la notificación de esta providencia, dicte una nueva decisión, en la que tenga en cuenta los lineamientos a que se ha hecho referencia en la parte motiva de la presente providencia.

III. DECISIÓN

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

FALLA

- 1. AMPÁRANSE** los derechos fundamentales al mínimo vital, debido proceso e igualdad de la señora CECILIA DEL CARMEN MARTÍNEZ OVIEDO. En consecuencia,
- 2. DÉJASE SIN EFECTOS** la providencia de 9 de octubre de 2019, proferida por el Tribunal Administrativo del Atlántico, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de este fallo.
- 3. ORDÉNASE** al Tribunal Administrativo del Atlántico, que dentro de los treinta (30) días siguientes a la notificación de la presente decisión, profiera una nueva decisión en la que tenga en cuenta los lineamientos a que ha hecho referencia la parte motiva del presente fallo.
- 4. NOTIFÍQUESE** por cualquier medio expedito.
- 5. ENVÍESE** el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Esta sentencia se estudió y aprobó en sesión celebrada en la fecha.

GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ

RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ