

REAJUSTE DE SUELDOS Y ASIGNACIONES DE RETIRO DE MIEMBROS DE LA FUERZA PÚBLICA - Incremento de acuerdo al índice de precios al consumidor IPC. Reiteración jurisprudencial

Así las cosas, para esta Subsección está claro que desde el referido pronunciamiento, de 17 de mayo de 2007. Rad. 8464-2005, la Sala Plena de Sección precisó: i) que el reajuste ordenado sobre la asignación de retiro, con fundamento en la variación porcentual del índice de precios al consumidor, IPC, incidía directamente en la base de la respectiva prestación pensional, y ii) que a partir del 1 de enero de 2005 el reajuste de las asignaciones de retiro del personal de la Fuerza Pública, que había cesado en la prestación de sus servicios, debía efectuarse conforme al principio de oscilación previsto en el artículo 42 del decreto 4422 de 2004. La anterior consideración, fue reiterada y precisada en las sentencias que con posterioridad se profirieron en las cuales, con el objeto de evitar duda alguna respecto de su interpretación, la Sala sostuvo que: i) una cosa era el reajuste sobre la base de una asignación de retiro hasta el 2004, con fundamento en la variación porcentual del índice de precios al consumidor, IPC, y, ii) otra era que estos incrementos que a partir de la entrada en vigencia del Decreto 4433 de 31 de diciembre de 2004, se harían conforme al principio de oscilación. Incluso, tanto las Subsecciones A y B de esta Sección, en las referidas providencias sostuvieron que estaba claro que teniendo en cuenta el carácter de prestación periódica de la asignación de retiro el reajuste ordenado respecto de los años 1997, 1999, 2000, 2001, 2002, 2003 y 2004 debía servir de base para los incrementos que a partir del 2005 se efectuaran sobre esta prestación, en virtud del principio de oscilación. En igual sentido, en sentencia de 6 de septiembre de 2011. Rad. 300-2001, esta Subsección sostuvo que si bien en ese caso concreto no había lugar al pago de las diferencias resultantes del reajuste de la base de la asignación de retiro, con fundamento en la variación porcentual del índice de precios al consumidor, IPC, toda vez que las mismas se encontraba prescritas, no había duda de que dicha diferencia obligaba a la entidad demandada objetivamente a establecer una base de liquidación superior a partir del 1 de enero de 2005... Recapitulando lo antes expuesto, estima la Sala que como se ha venido sosteniendo de tiempo atrás el correcto entendimiento del problema jurídico que se suscita en torno al reajuste de las asignaciones de retiro del personal de la Fuerza Pública, con fundamento en la variación porcentual del índice de precios al consumidor, IPC, y la solución que ha planteado la Sala de manera consistente y uniforme, a partir de la sentencia de 17 de mayo de 2007, consiste en precisar, que los miembros de la Fuerza Pública tienen derecho al reajuste de su asignación de retiro, anualmente, y que en virtud de lo dispuesto en la Ley 238 de 2005 ese reajuste para los años 1997, 1999, 2000, 2001, 2002, 2003 y 2004 tuvo lugar de conformidad con el índice de precios al consumidor, IPC, en tanto resultaba más favorable que el establecido por el gobierno nacional, en aplicación del principio de oscilación, que como resulta lógico, dicho incremento incidió positivamente en la base de la referida prestación, esto es incrementándola. Que a partir de la entrada en vigencia del Decreto 4433 de 31 de diciembre de 2004, el reajuste ya no se haría más de conformidad con el índice de precios al consumidor, IPC, sino con aplicación del principio de oscilación, previsto en el artículo 42 del citado Decreto, pero que en todo caso, la base de la asignación de retiro a 31 de diciembre de 2004 debe contemplar el reajuste que en el pasado se ordenó con fundamento en la variación porcentual del índice de precios al consumidor, IPC, respecto de los años 1997, 1999, 2000, 2001, 2002, 2003 y 2004. En otras palabras, los incrementos que se efectúen sobre la asignación de retiro de un oficial o suboficial de la Fuerza Pública en retiro a partir de la entrar en vigencia el Decreto 4433 de 2004, esto es el 31 de diciembre de 2004, no pueden desconocer que dicha asignación de retiro, en su

base, experimentó un incremento en virtud del reajuste que en sede judicial se ordenó, con fundamento en la variación porcentual del índice de precios al consumidor, IPC, sobre el cual en todo caso deberá incrementarse a futuro, en virtud del principio de oscilación. Una interpretación en contrario desconocería el derecho constitucional de los pensionados a mantener el poder adquisitivo de su mesada, consagrado en dos enunciados normativos distintos de la Constitución Política, esto es, en el inciso sexto del artículo 48 y en el inciso tercero del artículo 53, derecho que a juicio de la Sala 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.

NOTA DE RELATORIA: En relación con el reajuste sobre la asignación de retiro con fundamento en la variación porcentual del índice de precios al consumidor, IPC, consultar sentencia de 16 de abril de 2009, exp. 2007-00476-01 M.P. Víctor Alvarado Ardila, de esta Corporación.

DESCONOCIMIENTO DEL PRECEDENTE - Causal específica de procedibilidad de la acción de tutela / DESCONOCIMIENTO DEL PRECEDENTE - Configuración. Juez de instancia desconoció abiertamente el precedente fijado por el Consejo de Estado en la materia

Sobre este particular, estima la Sala pertinente precisar que tratándose de la procedibilidad de la acción de tutela contra providencias, se ha considerado que el desconocimiento del precedente constituye una razón para dejar sin efectos una decisión judicial, cuando la autoridad que la emite está en contra de su propio precedente, o del establecido por su superior jerárquico, sin exponer las razones por las cuales se aparta de la posición que frente a casos similares venía sosteniendo, o de la establecida por las autoridades judiciales que les corresponde unificar la jurisprudencia... Bajo estas consideraciones, resulta evidente que el Tribunal Administrativo del Cauca al proferir la sentencia de 12 de febrero de 2015 se apartó del precedente fijado por esta Corporación, esto, al omitir el reajuste del que debió ser objeto la asignación de retiro del actor reconocida con efectos fiscales a partir del 1 de marzo de 1997, como quedó probado en el caso bajo examen... Teniendo en cuenta las consideraciones que anteceden, para la Sala está claro que el juez de conocimiento del proceso ordinario de nulidad y restablecimiento del derecho del actor contra la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, debió fallar el asunto atendiendo la tesis y los argumentos esgrimidos por el máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo en relación con el reajuste de las asignaciones de retiro de los miembros de la Fuerza Pública en aplicación del Índice de Precios al Consumidor, IPC, respecto de los años 1999, 2001, 2002, 2003 y 2004... Lo anterior, resulta pertinente aclarar, no conlleva una violación del principio de autonomía de la autoridad judicial, pues como ya se indicó si el juez considera necesario apartarse del precedente judicial bien puede hacerlo, pero para tal efecto debe reconocer su existencia y además plasmar suficientemente las razones en que fundamenta su decisión de apartarse de la interpretación de esta Corporación... Del estudio del fallo atacado se observa que el Tribunal Administrativo del Cauca prescindió injustificadamente de cumplir con tales exigencias, pues resolvió el problema jurídico omitiendo por completo las consideraciones esgrimidas por el Consejo de Estado en las sentencias de 17 de mayo de 2007, Rad. 8464-2005 M.P. Jaime Moreno García y 15 de noviembre de 2012. Rad. 0907-2011 con ponencia del Despacho que sustancia la presente causa, respecto de la forma en que deben reliquidarse las asignaciones de retiro de los miembros de la Fuerza Pública durante el período 1999, 2001, 2002, 2003 y 2004. Ciertamente, en la interpretación realizada por el Tribunal en la sentencia de

12 de febrero de 2015, se observa con claridad una omisión de la jurisprudencia emitida por esta Corporación, ya que en ningún momento se hace referencia a aquélla ni se expresan los motivos por los cuales no se acogen sus planteamientos. Corolario de lo anterior, la Sala concluye que el Tribunal accionado como juez de segunda instancia del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho, tomó una decisión sin argumentar o motivar por qué no acogió los precedentes antes citados, incurriendo en una causal de procedibilidad de acción de tutela contra providencias judiciales con la consecuente violación del derecho a la igualdad del accionante, en tanto no resolvió su caso considerando las reglas que para el efecto han sido establecidas por la jurisprudencia del Consejo de Estado, frente a la reliquidación de las asignaciones de retiro de los miembros de la Fuerza Pública durante el período 1999, 2001, 2002, 2003 y 2004. En conclusión, en el presente caso procede la tutela contra la providencia judicial proferida por el Tribunal Administrativo del Cauca, en virtud de que se desconoció abiertamente el precedente fijado por el Consejo de Estado en la materia antes anotada. La Sala insiste que lo anterior no implica una intervención indebida en la autonomía del juez ordinario ni quiere decir que éste deba acoger obligatoriamente el criterio jurisprudencial expuesto con anterioridad, sino que en garantía del derecho a la igualdad, el fallador debe tener en consideración el precedente judicial preexistente, y en caso de apartarse del mismo, justificar de manera suficiente las razones por las cuales estima que no debe ser aplicado en el caso concreto.

NOTA DE RELATORIA: En relación con el desconocimiento del precedente, consultar la sentencia SU-053 de 2015 de la Corte Constitucional, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

SUBSECCION B

Consejero ponente: GERARDO ARENAS MONSALVE

Bogotá, D.C., treinta (30) de noviembre de dos mil quince (2015).

Radicación número: 11001-03-15-000-2015-02693-00(AC)

Actor: JOSE EDELMIRO CHILITO MAJE

Demandado: TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL CAUCA Y OTROS

Decide la Sala la acción de tutela interpuesta por el señor José Edelmiro Chilito Maje contra el Tribunal Administrativo del Cauca por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales a la *“igualdad, protección social, mínimo vital y móvil, protección especial a la tercera edad.”*

I. ANTECEDENTES

En ejercicio de la acción consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política, el señor José Edelmiro Chilito Maje acudió a esta Corporación con el fin de que se le protejan sus derechos fundamentales a la *“igualdad, protección social, mínimo vital y móvil, protección especial a la tercera edad”* presuntamente vulnerados por el Tribunal Administrativo del Cauca al proferir la sentencia de 12 de febrero de 2015 dentro de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho promovida, en su oportunidad, en contra de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares.

Por lo anterior, solicitó que se ordene el reajuste de la asignación de retiro que viene percibiendo en un 5.7% *“correspondiente al detrimento causado al poder adquisitivo de su grado actual.”*

Lo anterior se fundamentó en los siguientes hechos y consideraciones (fls. 2 a 9, cuaderno No.1):

Se sostuvo en el escrito de tutela que, el señor José Edelmiro Chilito Maje prestó sus servicios como Suboficial del Ejército Nacional de 1976 a 1997.

Se precisó que, teniendo en cuenta el tiempo de servicio prestado por el accionante, la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares a través de Resolución No. 1537 de 2006 ordenó el reconocimiento y pago de una asignación de retiro a su favor.

Se adujo que, durante el período 1997 – 2004 la asignación de retiro del accionante fue reajustada por debajo de los índices de inflación acumulados, en claro detrimento de su poder adquisitivo y en contra vía con lo dispuesto en la ley y la jurisprudencia.

En consideración a estas circunstancias, se dijo que el accionante en ejercicio del derecho de petición le solicitó a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares *“el reajuste de la asignación básica devengada y el pago de las sumas dejadas de percibir.”*

Debido a la negativa de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares frente a la petición antes descrita, el accionante acudió a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

El 12 de febrero de 2015 el Tribunal Administrativo del Cauca ordenó revocar la decisión de 4 de junio de 2012 adoptada en primera instancia por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Popayán y, en su lugar, negar las pretensiones de la demanda formulada por el hoy accionante.

ACTUACIÓN PROCESAL

Mediante auto del 22 de octubre de 2015, el Despacho que sustancia la presente causa, admitió la acción de tutela interpuesta por el señor José Edelmiro Chilito Maje contra el Tribunal Administrativo del Cauca y, en consecuencia, se ordenó notificar a la referida Corporación judicial en los términos y para los efectos previstos en el artículo 19 del Decreto 2591 de 1991.

En este mismo sentido, se ordenó informar a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares y la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado del trámite de la presente acción constitucional (fls. 59 a 60, cuaderno No.1)

INTERVENCIONES

Surtidas las comunicaciones de rigor, la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares acudió a la presente actuación solicitando *“que se decrete la improcedencia de acción de tutela contra sentencia judicial”* formulada por el señor José Edelmiro Chilito Maje contra el Tribunal Administrativo del Cauca, con las siguientes consideraciones (fls. 134 a 135, cuaderno No. 1):

Se adujo que, el accionante acude al amparo constitucional al estimar vulnerados sus derechos fundamentales a la igualdad, protección social, mínimo vital y móvil y protección especial a la tercera edad, esto, con ocasión de la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Cauca el 12 de febrero de 2015, a través de la cual finalmente se negó el reajuste de la prestación de retiro que viene percibiendo.

No obstante lo anterior, estimó la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares que frente a la supuesta vulneración del derecho a la igualdad no era competencia del juez constitucional examinar las actuaciones procesales adelantadas en los juicios ordinarios por los jueces naturales, en este caso, por los jueces administrativos.

En lo que se refiere al derecho a la seguridad social, se dijo que dentro del caso concreto no se observa una vulneración toda vez que, el accionante cuenta con una asignación de retiro que se le viene pagando en forma oportuna por la Caja de Retiro de las Fuerzas Miliars, lo que en la práctica garantiza su bienestar individual y familiar al tiempo que satisface los estándares mínimos de vida digna a que se refiere el texto constitucional de 1991.

Adicionalmente se consideró que, la presente acción constitucional pretende quebrantar la cosa juzgada que en el caso concreto se configuró: i) con la negativa de la administración de reajustar la asignación de retiro que viene percibiendo el accionante y ii) con las sentencias proferidas en su orden por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Popayán y el Tribunal Administrativo del Cauca.

En este punto se precisó que, la acción constitucional formulada por el señor José Edelmiro Chilito Maje tampoco aduce un perjuicio irremediable lo que, eventualmente, le hubiera permitido al juez de tutela considerar la posibilidad de amparar transitoriamente los supuestos derechos vulnerados.

Finalmente, la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares manifestó que la actuación administrativa que precedió la expedición del acto administrativo cuestionado en sede judicial, y que dio lugar a la presente acción constitucional, observó las garantías constitucionales al debido proceso y defensa del señor José Edelmiro Chilito Maje.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

I. Competencia

La Sala es competente para conocer la acción de tutela interpuesta por el señor José Edelmiro Chilito Maje, contra el Tribunal Administrativo del Cauca, por las razones expuestas en el auto de 22 de octubre de 2015, proferido por este Despacho y visible a folios 59 y 60 del cuaderno No.1 del expediente.

II. La acción de tutela contra decisiones judiciales.

El debate jurisprudencial sobre la procedencia de la tutela contra decisiones

judiciales tiene génesis en la sentencia C-543 de 1992 de la Corte Constitucional que declaró la inexecutable del artículo 40 del Decreto 2591 de 1991. Más adelante, mediante sentencias de tutela, la misma Corte permitió de forma excepcional y frente a la amenaza de derechos fundamentales, el reexamen de la decisión judicial en sede de tutela, con la finalidad de establecer si el fallo judicial se adoptó, en apariencia revestida de forma jurídica, cuando en realidad envolvía una vía de hecho.

La vía de hecho entendida como una manifestación burda, flagrante y desprovista de todo vestigio de legalidad, es el principio que inspiró la posibilidad de instaurar la acción de tutela contra decisiones judiciales, pues no obstante el reconocimiento al principio de autonomía funcional del juez, quien la administra quebranta, bajo la forma de una providencia judicial, derechos fundamentales.

La evolución de la jurisprudencia condujo a que desde la sentencia T-231 de 1994 se determinaran cuáles defectos podían conducir a que una sentencia fuera calificada como vía de hecho, indicando que ésta se configura cuando se presenta, al menos, uno de los siguientes vicios o defectos protuberantes: (1) defecto sustantivo, que se produce cuando la decisión controvertida se funda en una norma indiscutiblemente inaplicable; (2) defecto fáctico, que ocurre cuando resulta indudable que el juez carece de sustento probatorio suficiente para proceder a aplicar el supuesto legal en el que se sustenta la decisión; (3) defecto orgánico, se presenta cuando el funcionario judicial que profirió la providencia impugnada, carece, absolutamente, de competencia para ello; y, (4) defecto procedimental, que aparece en aquellos eventos en los que se actuó completamente al margen del procedimiento establecido.

Esta doctrina constitucional ha sido precisada y reiterada en varias decisiones de unificación proferidas por la Sala Plena de la Corte Constitucional, entre las cuales se encuentran las sentencias SU-1184 de 2001 y SU-159 de 2002.

En la referida sentencia SU-1184 de 2001, la Corte Constitucional precisó el ámbito de la vía de hecho por defecto fáctico y señaló que la violación al debido proceso ha de ser grave porque el juez de tutela tiene el deber de respetar, en el mayor grado posible, la valoración que del material probatorio hace el juez natural.

De ahí que se fijaron las siguientes pautas para constituir el anterior defecto:

“cuando se omite la práctica o consideración de pruebas decisivas¹, las pruebas existentes se valoran de manera contra-evidente², se consideran pruebas inadmisibles³ o cuando la valoración resulta abiertamente contraria a los postulados constitucionales. Empero, tal como lo sostuvo la Corporación en la sentencia T-025 de 2001⁴, las pruebas omitidas o valoradas indebidamente, “deben tener la capacidad inequívoca de modificar el sentido del fallo”, de suerte que si las pruebas en cuestión no son determinantes para la decisión, al juez de tutela le está vedado entrar a analizar la valoración que de ellas hizo el juez”.

Y en la sentencia SU -159 de 2002 se dijo:

“Finalmente, la Corte debe advertir, en concordancia con su propia jurisprudencia, que sólo es factible fundar una acción de tutela cuando se observa que de una manera manifiesta aparece arbitraria la valoración probatoria hecha por el juez en la correspondiente providencia. El error en el juicio valorativo de la prueba “debe ser de tal entidad que sea ostensible, flagrante y manifiesto, y el mismo debe tener una incidencia directa en la decisión, pues el juez de tutela no puede convertirse en una instancia revisora de la actividad de evaluación probatoria del juez que ordinariamente conoce de un asunto, según las reglas generales de competencia”⁵.

En otros de los apartes de la sentencia anterior, se efectúa la distinción entre el debido proceso de alcance constitucional del simplemente legal para referir que el primero de ellos comprende no solamente las garantías previstas en el artículo 29 de la C.P. sino agrupa todos los derechos constitucionales fundamentales:

“El constituyente no abordó todas las posibles violaciones al debido proceso, de carácter legal, si no sólo aquellos elementos que forman parte del ámbito de protección constitucional”.

El ámbito del debido proceso constitucional acorde a la referida sentencia,

¹ Sobre el particular ver, entre otras, sentencias SU-477 de 1997, T-329 de 1996. Sobre la omisión de práctica de pruebas decisivas ver sentencias T-488 de 1999, T-452 de 1998, T-393 de 1994, entre otras

² Sobre el particular ver, entre otras, la sentencia T-452 de 1998:

“en relación con la valoración que hacen los jueces de la pruebas dentro de un proceso, la posible configuración de una vía de hecho en la misma requiere de un comportamiento del funcionario que la adelanta, claramente irregular, en donde se impone su voluntad, en contravía de lo que puede arrojar objetivamente el cuaderno de pruebas allegado o solicitado para su práctica...”

³ El artículo 29 de la Carta dispone que “[E]s nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso”. En la sentencia T-008 de 1998 la Corte señaló al respecto:

“Esta Sala no puede menos que indicar que sólo en aquellos casos en los cuales la prueba nula de pleno derecho constituya la única muestra de culpabilidad del condenado, sin la cual necesariamente habría de variar el juicio del fallador, procedería la tutela contra la decisión judicial que la tuvo en cuenta, siempre y cuando se cumplan, por supuesto, los restantes requisitos de procedibilidad de la acción.”

⁴ M.P. Eduardo Montealegre Lynett. En similar sentido T-329 de 1996 M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

⁵Cfr. sentencia T-442 de 1994 M.P. Antonio Barrera Carbonell.

comprende “las formalidades legales esenciales”. En ese sentido, se adujo que correspondía al juez constitucional examinar si a pesar de la irregularidad que presente una prueba, pueden subsistir otras con fundamento en las cuales pudo adoptarse la decisión; vale decir, siempre que no haya sido determinante para la misma, a la prueba irregular se le resta importancia.

Igualmente aplicando los estrictos términos del artículo 86 de la C.P., es pertinente examinar la procedencia de la acción de tutela cuando aún existiendo medios de defensa judicial, aquélla se utilice como MECANISMO TRANSITORIO para evitar un perjuicio irremediable.

La evolución jurisprudencial, condujo a proferir la sentencia C-590/05, en la cual la Corte Constitucional resaltó el carácter sumamente excepcional de la acción de tutela, vale decir cuando de forma protuberante se vulneren o amenacen derechos fundamentales. La regla general de improcedencia de la acción de tutela contra tales decisiones, se expone en la anterior providencia al destacar que incluso las sentencias judiciales constituyen ámbitos ordinarios de reconocimiento y realización de los derechos fundamentales y además, porque el valor de cosa juzgada de las sentencias, la garantía del principio de seguridad jurídica y la autonomía e independencia son principios que caracterizan a la jurisdicción en la estructura del poder público.

En otro aparte la mencionada decisión, precisó:

“...22. Con todo, 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...”.

En ese orden, se elaboró el test de procedencia de la acción de tutela contra decisiones judiciales, con la finalidad de destacar los eventos excepcionales de aplicación, los cuales deben satisfacerse plenamente en la tarea de identificar cuándo una sentencia judicial puede someterse al examen de orden estrictamente constitucional, en aras de establecer si con la actuación se afectan derechos de relevancia constitucional o si la misma no alcanza a vulnerar tales derechos porque se profirió dentro del marco de actuación propio de los órganos judiciales

ordinarios.

Tales presupuestos son: (a) Que la cuestión que se discuta resulte de evidente relevancia constitucional: lo anterior porque el juez constitucional no puede entrar a estudiar cuestiones que no tienen una clara y marcada importancia constitucional so pena de involucrarse en asuntos que corresponde definir a otras jurisdicciones. (b) Que se hayan agotado todos los medios -ordinarios y extraordinarios- de defensa judicial al alcance de la persona afectada, salvo que se trate de evitar la consumación de un perjuicio iusfundamental irremediable: señala la Corte Constitucional que de no ser así, esto es, de asumirse la acción de tutela como mecanismo de protección alternativo, se correría el riesgo de vaciar las competencias de las distintas autoridades judiciales. (c) Que se cumpla el requisito de la inmediatez: es decir, que la tutela se hubiere interpuesto en un término razonable y proporcionado a partir del hecho que originó la vulneración. (d) Cuando se trate de una irregularidad procesal, debe quedar claro que la misma tiene un efecto decisivo o determinante en la sentencia que se impugna y que afecta los derechos fundamentales de la parte actora: con fundamento en este presupuesto, se precisa que la irregularidad debe comportar grave lesión de derechos fundamentales, tal como ocurre con los casos de pruebas ilícitas susceptibles de imputarse como crímenes de lesa humanidad; la protección de tales derechos se genera independientemente de la incidencia que tengan en el litigio y por ello hay lugar a la anulación del juicio. (e). Que la parte actora identifique de manera razonable tanto los hechos que generaron la vulneración como los derechos vulnerados y que hubiere alegado tal vulneración en el proceso judicial siempre que esto hubiere sido posible: indica la Corte que esta exigencia es comprensible, pues sin que la acción de tutela llegue a rodearse de unas exigencias formales contrarias a su naturaleza y no previstas por el constituyente, sí es menester que el actor tenga claridad en cuanto al fundamento de la afectación de derechos que imputa a la decisión judicial, que la haya planteado al interior del proceso y que dé cuenta de todo ello al momento de pretender la protección constitucional de sus derechos. (f). Que no se trate de sentencias de tutela: lo anterior se justifica bajo el riguroso proceso de selección que hace la Corporación.

Igualmente, bajo el rótulo de las CAUSALES DE PROCEDIBILIDAD se rediseñó el ámbito de comprensión de la acción de tutela contra sentencias judiciales, superando la noción de VÍA DE HECHO por la de DECISIÓN ILEGÍTIMA con la finalidad de resaltar la excepcionalidad de la acción de tutela contra decisiones

judiciales, la cual solamente cuando tenga eminente relevancia constitucional resulta procedente.

Al respecto, indica los defectos o vicios que debe presentar la decisión que se juzga: (a) Defecto orgánico: que se presenta cuando el funcionario judicial que profirió la providencia impugnada, carece, absolutamente, de competencia (b) Defecto procedimental absoluto: que se origina cuando el juez actuó completamente al margen del procedimiento establecido. (c) Defecto fáctico: que surge cuando el juez carece del apoyo probatorio que permita la aplicación del supuesto legal en el que se sustenta la decisión. (d) Defecto material o sustantivo: como son los casos en que se decide con base en normas inexistentes o inconstitucionales o que presentan una evidente y grosera contradicción entre los fundamentos y la decisión. (e) Error inducido: que se presenta cuando el juez o tribunal fue víctima de un engaño por parte de terceros y ese engaño lo condujo a la toma de una decisión que afecta derechos fundamentales. (f) Decisión sin motivación: que implica el incumplimiento de los servidores judiciales de dar cuenta de los fundamentos fácticos y jurídicos de sus decisiones. (g) Desconocimiento del precedente: según la Corte Constitucional, en estos casos la tutela procede como mecanismo para garantizar la eficacia jurídica del contenido constitucionalmente vinculante del derecho fundamental vulnerado. (h) Violación directa de la Constitución: procede cuando la decisión judicial supera el concepto de vía de hecho, es decir, en eventos en los que si bien no se está ante una burda trasgresión de la Carta, si se trata de decisiones ilegítimas que afectan derechos fundamentales.

La Sala se ha detenido en el análisis de la posición de la Corte Constitucional respecto de la procedencia de la acción de tutela contra decisiones judiciales, no porque considere que deba seguir estrictamente sus criterios interpretativos, sino por otras importantes razones:

La primera es que en este aspecto, comparte plenamente la idea cardinal de que en el Estado Social de Derecho la prevalencia de los derechos fundamentales compromete la actuación de “cualquier autoridad pública” (C. P. artículo 86) incluidos desde luego los jueces de la República de todas las jurisdicciones y rangos y sus respectivos órganos de cierre.

En segundo lugar, se trae a colación la jurisprudencia constitucional respecto de

la tutela contra decisiones judiciales por cuanto muestra que ha sido la misma jurisdicción constitucional la que se ha encargado de destacar, que si bien la acción resulta procedente, ella es absolutamente excepcional y no puede significar, en modo alguno, una prolongación indefinida del debate jurídico.

En tercer lugar, porque la metodología contenida en la jurisprudencia constitucional para verificar si una decisión judicial debe o no ser tutelada, constituye un valioso mecanismo para resolver el asunto, cuya adopción facilita el análisis de este complejo problema.

Finalmente es pertinente destacar, que la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, que había sostenido que la acción de tutela es improcedente para controvertir decisiones judiciales⁶, rectificó su posición mediante la sentencia del 31 de julio de 2012⁷, en el sentido de disponer que la acción constitucional es procedente contra providencias, cuando vulneren derechos fundamentales, “observando al efecto los parámetros fijados hasta el momento jurisprudencialmente”, parámetros que esta Subsección con anterioridad al fallo antes señalado viene aplicando en los términos arriba expuestos⁸.

III. Desconocimiento del precedente como causal específica de procedibilidad de la acción de tutela.

Sobre este particular, estima la Sala pertinente precisar que tratándose de la procedibilidad de la acción de tutela contra providencias, se ha considerado que el desconocimiento del precedente constituye una razón para dejar sin efectos una decisión judicial, cuando la autoridad que la emite está en contra de su propio precedente, o del establecido por su superior jerárquico, sin exponer las razones

⁶ Sobre el particular pueden consultarse las siguientes providencias de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado: **1)** 29 Ene. 1992, r AC – 009, Dolly Pedraza de Arenas. **2)** 31 Ene. 1992, r AC – 016, Guillermo Chahín Lizcano. **3)** 3 Feb. 1992, r AC – 015, Luis Eduardo Jaramillo. **4)** 27 Ene. 1993, r AC-429, Carlos Arturo Orjuela Góngora. **5)** 29 Jun. 2004, e 2000-10203-01, Nicolás Pájaro Peñaranda. **6)** 2 Nov 2004, e 2004-0270-01, Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta. **7)** 13 Jun. 2006, e 2004-03194-01, Ligia López Díaz. **8)** 16 Dic. 2009, e 2009-00089-01, Rafael E. Ostau De Lafont Pianeta.

⁷ Expediente 11001-03-15-000-2009-01328-01. C.P. María Elizabeth García González.

⁸ Entre otras, de esta Subsección pueden consultarse las siguiente providencias: **1)** 28 Ago. 2008, e 2008-00779-00, Gerardo Arenas Monsalve. **2)** 22 Oct. 2009, e 2009-00888-00, Victor Hernando Alvarado Ardila. **3)** 22 Oct. 2009, e 2009-00889-00, Victor Hernando Alvarado Ardila. **4)** 3 Feb. 2010, e 2009-01268-00, Gerardo Arenas Monsalve. **5)** 25 Feb. 2010, e 2009-01082-01, Victor Hernando Alvarado Ardila. **6)** 19 May. 2010, e 2010-00293-00, Gerardo Arenas Monsalve. **6)** 28 Jun. 2011, e 2010-00540-00, Gerardo Arenas Monsalve. **7)** 30 Nov. 2011, e 2011-01218-00, Victor Hernando Alvarado Ardila. **8)** 2 Feb. 2012, e 2011-01581-00, Gerardo Arenas Monsalve. **9)** 23 Feb. 2012, e 2011-01741-00, Victor Hernando Alvarado Ardila. **10)** 15 Mar. 2012, e 2012-00250-00, Gerardo Arenas Monsalve.

por las cuales se aparta de la posición que frente a casos similares venía sosteniendo, o de la establecida por las autoridades judiciales que les corresponde unificar la jurisprudencia.

En ese orden de ideas la misma Corte Constitucional ha destacado, que lo que se reprocha consiste en que una autoridad judicial modifique su posición frente a determinado asunto, o se separe del criterio establecido por su superior jerárquico, haciendo caso omiso al precedente en la materia, y aún más, que a pesar de reconocer la existencia de éste, se aparte total o parcialmente del mismo sin cumplir con la carga argumentativa que le corresponde en esos casos, toda vez que con ese proceder se desconocen principios de relevancia constitucional como la igualdad, la seguridad jurídica, la confianza legítima, entre otros, que está directamente relacionados con el respeto del precedente.

Sobre el particular, son especialmente ilustrativas las siguientes consideraciones de la sentencia SU-053 de 12 de febrero de 2015 de la Corte Constitucional⁹:

“17. El precedente es conocido como la sentencia o el conjunto de ellas, anteriores a un caso determinado, que por su pertinencia y semejanza en los problemas jurídicos resueltos, debe necesariamente considerarse por las autoridades judiciales al momento de emitir un fallo. La relevancia de respetar el precedente atiende a razones de diversa índole, que en todo caso se complementan.

La primera razón, se basa en la necesidad de proteger el derecho a la igualdad de las personas que acuden a la administración de justicia y de salvaguardar los principios de buena fe y seguridad jurídica. Esto, debido a que no tener en cuenta las sentencias anteriores a un caso que resulta equiparable al analizado, implicaría el evidente desconocimiento de esos derechos y principios.

El segundo argumento se basa en el reconocimiento del carácter vinculante de las decisiones judiciales, en especial si son adoptadas por órganos cuya función es unificar jurisprudencia. Como lo ha explicado esta Corte tal reconocimiento se funda en una postura teórica que señala que “el Derecho no es una aplicación mecánica de consecuencias jurídicas previstas en preceptos generales, como lo aspiraba la práctica jurídica de inicios del siglo XIX..., sino una práctica argumentativa racional”. Con lo cual, en últimas, se le otorga al precedente la categoría de fuente de derecho aplicable al caso concreto.

*18. Ahora bien, esta Corporación fijó los parámetros que permiten determinar si en un caso es aplicable o no un precedente. Así la sentencia **T-292 de 2006**, estableció que deben verificarse los siguientes criterios: i) que en la ratio decidendi de la sentencia anterior se encuentre una **regla jurisprudencial** aplicable al caso a resolver; ii) que esta ratio resuelva un **problema jurídico semejante** al propuesto en el nuevo caso y iii) que los **hechos del caso sean equiparables** a los resueltos anteriormente.*

⁹ M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

De no comprobarse la presencia de estos tres elementos esenciales, no es posible establecer que un conjunto de sentencias anteriores constituye precedente aplicable al caso concreto, por lo cual al juez no le es exigible dar aplicación al mismo.

19. De otro modo, los funcionarios judiciales cuando encuentran cumplidos los tres criterios mencionados, tienen la posibilidad de apartarse de la jurisprudencia en vigor, siempre y cuando i) hagan referencia al precedente que van a inaplicar y ii) ofrezcan una justificación razonable, seria, suficiente y proporcionada, que dé cuenta de las razones de porque se apartan de la regla jurisprudencial previa. Así se protege el carácter dinámico del derecho y la autonomía e independencia de que gozan los jueces.

En esa medida, sólo cuando un juez se aísla de un precedente establecido y es plenamente aplicable a determinada situación, sin cumplir con la carga argumentativa antes descrita, incurre en la causal de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales, referente al desconocimiento del precedente judicial. Debido a que, con ese actuar, vulnera los derechos fundamentales a la igualdad y al debido proceso de las personas que acudieron a la administración de justicia.

IV. Del caso concreto.

a. Problema jurídico.

Corresponde a la Sala establecer si el Tribunal Administrativo del Cauca al resolver la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho formulada por el señor José Edelmiro Chilito Maje contra la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, incurrió en una vía de hecho por desconocimiento del precedente, haciéndose necesario declarar el amparo de tutela.

b. De la tesis jurisprudencial vigente en relación con el reajuste de las asignaciones de retiro con fundamento en la variación porcentual del índice de precios al consumidor, IPC¹⁰.

La interpretación que la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares tradicionalmente ha planteado con ocasión de los múltiples procesos que se tramitan en esta sede judicial, sugiere que el reajuste a las asignaciones de retiro con fundamento en la variación porcentual del índice de precios al consumidor, IPC., ordenado, en sede judicial por esta Jurisdicción, da lugar en la práctica a un doble reajuste o derecho que se traduciría en el pago inicial de las diferencias sobre la asignación de retiro

¹⁰ Ver sentencia de 15 de noviembre de 2012. Rad. 0907-2011. M.P. Gerardo Arenas Monsalve.

respecto de los años 1997, 1999, 2000, 2001, 2002, 2003 y 2004, y al incremento anual previsto en el artículo 42 del Decreto 4433 de 2004.

Estima esta Subsección que dicha interpretación no corresponde a lo reiterado por la Sala Plena de la Sección Segunda de esta Corporación desde la providencia de 17 de mayo de 2007. Rad. 8464-2005. M.P. Jaime Moreno García. En efecto, si bien es cierto en esa oportunidad la Sala centró su argumentación en torno a la eventual falta de competencia del legislador para expedir la Ley 238 de 2005, en tanto la regulación del régimen prestacional de los miembros de la Fuerza Pública estaba reservado exclusivamente al Presidente de la República según lo establecía el artículo 1 de la Ley 4 de 1992, no lo es menos que en la misma providencia, al descender al caso concreto y acceder a las súplicas de la demanda, se precisó que el reajuste ordenado sobre la base de la asignación de retiro, con fundamento en la variación porcentual del índice de precios al consumidor, IPC, respecto de los años 1997, 1999, 2000, 2001, 2002, 2003 y 2004, contaba con un límite temporal, esto es, el 31 de diciembre de 2004, fecha de entrada en vigencia del Decreto 4433 de 2004, mediante el cual se volvía adoptar como método de reajuste de la citada prestación, el principio de oscilación.

Así las cosas, para esta Subsección está claro que desde el referido pronunciamiento, de 17 de mayo de 2007. Rad. 8464-2005, la Sala Plena de Sección precisó: i) que el reajuste ordenado sobre la asignación de retiro, con fundamento en la variación porcentual del índice de precios al consumidor, IPC, incidía directamente en la base de la respectiva prestación pensional, y ii) que a partir del 1 de enero de 2005 el reajuste de las asignaciones de retiro del personal de la Fuerza Pública, que había cesado en la prestación de sus servicios, debía efectuarse conforme al principio de oscilación previsto en el artículo 42 del decreto 4422 de 2004.

La anterior consideración, fue reiterada y precisada en las sentencias¹¹ que con posterioridad se profirieron en las cuales, con el objeto de evitar duda alguna respecto de su interpretación, la Sala sostuvo que: i) una cosa era el reajuste sobre la base de una asignación de retiro hasta el 2004, con fundamento en la

¹¹ Sentencias de 16 de abril de 2009. Rad. 2048-2008 M.P. Víctor Alvarado Ardila; 27 de enero de 2011. Rad. 1479-2009 M.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren y 27 de octubre de 2011. Rad. 2167-20090 M.P. Alfonso Vargas Rincón.

variación porcentual del índice de precios al consumidor, IPC, y, ii) otra era que estos incrementos que a partir de la entrada en vigencia del Decreto 4433 de 31 de diciembre de 2004, se harían conforme al principio de oscilación.

Incluso, tanto las Subsecciones A y B de esta Sección, en las referidas providencias sostuvieron que estaba claro que teniendo en cuenta el carácter de prestación periódica de la asignación de retiro el reajuste ordenado respecto de los años 1997, 1999, 2000, 2001, 2002, 2003 y 2004 debía servir de base para los incrementos que a partir del 2005 se efectuaran sobre esta prestación, en virtud del principio de oscilación¹².

En igual sentido, en sentencia de 6 de septiembre de 2011. Rad. 300-2001¹³, esta Subsección sostuvo que si bien en ese caso concreto no había lugar al pago de las diferencias resultantes del reajuste de la base de la asignación de retiro, con fundamento en la variación porcentual del índice de precios al consumidor, IPC, toda vez que las mismas se encontraba prescritas, **no había duda de que dicha diferencia obligaba a la entidad demandada objetivamente a establecer una base de liquidación superior a partir del 1 de enero de 2005.**

Así se advierte en la citada providencia:

*“En este orden de ideas, en lo concerniente a la prescripción cuatrienal de las diferencias reclamadas desde el año 1997, el actor la interrumpió al presentar la petición de reajuste el 2 de febrero de 2010, por ende tendría solamente derecho al pago de las causadas desde el 2 de febrero de 2006, sin embargo a partir del año 2004, el propio legislador volvió a consagrar el sistema de oscilación como la forma de incrementar las asignaciones de retiro de los miembros de la Fuerza Pública, a través del artículo 3 de la Ley 923 de 2004, el cual fue reglamentado por el artículo 42¹⁴ del Decreto 4433 del mismo año, en consecuencia durante el período 2004 a 2006, no habría lugar al pago de las diferencias derivadas de la aplicación del IPC vigente para ese lapso de tiempo, **sin embargo no se debe perder de vista que el reajuste desde el año 1997 al año 2004 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.**”*

¹² Sentencia de 27 de enero de 2011. Rad. 1479-2009 MP. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

¹³ Magistrado ponente Gerardo Arenas Monsalve.

¹⁴ “Las asignaciones de retiro y las pensiones contempladas en el presente decreto, se incrementarán en el mismo porcentaje en que se aumenten las asignaciones en actividad para cada grado. En ningún caso las asignaciones de retiro o pensiones serán inferiores al salario mínimo legal mensual vigente. El personal de que trata este decreto, o sus beneficiarios no podrán acogerse a normas que regulen ajustes en otros sectores de la administración pública, a menos que así lo disponga expresamente la ley.”

Recapitulando lo antes expuesto, estima la Sala que como se ha venido sosteniendo de tiempo atrás el correcto entendimiento del problema jurídico que se suscita en torno al reajuste de las asignaciones de retiro del personal de la Fuerza Pública, con fundamento en la variación porcentual del índice de precios al consumidor, IPC, y la solución que ha planteado la Sala de manera consistente y uniforme, a partir de la sentencia de 17 de mayo de 2007, consiste en precisar, que los miembros de la Fuerza Pública tienen derecho al reajuste de su asignación de retiro, anualmente, y que en virtud de lo dispuesto en la Ley 238 de 2005 ese reajuste para los años 1997, 1999, 2000, 2001, 2002, 2003 y 2004 tuvo lugar de conformidad con el índice de precios al consumidor, IPC, en tanto resultaba más favorable que el establecido por el gobierno nacional, en aplicación del principio de oscilación, que como resulta lógico, dicho incremento incidió positivamente en la base de la referida prestación, esto es incrementándola.

Que a partir de la entrada en vigencia del Decreto 4433 de 31 de diciembre de 2004, el reajuste ya no se haría más de conformidad con el índice de precios al consumidor, IPC, sino con aplicación del principio de oscilación, previsto en el artículo 42 del citado Decreto, **pero que en todo caso**, la base de la asignación de retiro a 31 de diciembre de 2004 debe contemplar el reajuste que en el pasado se ordenó con fundamento en la variación porcentual del índice de precios al consumidor, IPC, respecto de los años 1997, 1999, 2000, 2001, 2002, 2003 y 2004

En otras palabras, los incrementos que se efectúen sobre la asignación de retiro de un oficial o suboficial de la Fuerza Pública en retiro a partir de la entrar en vigencia el Decreto 4433 de 2004, esto es el 31 de diciembre de 2004, no pueden desconocer que dicha asignación de retiro, en su base, experimentó un incremento en virtud del reajuste que en sede judicial se ordenó, con fundamento en la variación porcentual del índice de precios al consumidor, IPC, sobre el cual en todo caso deberá incrementarse a futuro, en virtud del principio de oscilación. Una interpretación en contrario desconocería el derecho constitucional de los pensionados a mantener el poder adquisitivo de su mesada, consagrado en dos enunciados normativos distintos de la Constitución Política, esto es, en el inciso sexto del artículo 48¹⁵ y en el inciso tercero del artículo 53¹⁶, derecho que a juicio de la Sala constituye una expresión del principio de Estado Social de Derecho, de

¹⁵ "La ley definirá los medios para que los recursos destinados a pensiones mantengan su poder adquisitivo constante."

¹⁶ "El estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales."

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 este punto, no hay duda de la especial importancia de que goza una prestación pensional, entendida como el medio que permite amparar a un trabajador las contingencias a las que se puede enfrentar en desarrollo de su actividad laboral, esto es, vejez, invalidez o muerte, por lo que negar el derecho a su reajuste afectaría gravemente su capacidad de subsistencia y la de su entorno familiar. 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 de su poder adquisitivo de sus mesadas, tal como sucede con una prestación pensional.

Sobre este particular, la Corte Constitucional en sentencia T- 020 de 18 de enero de 2011, M.P. Humberto Sierra Porto recogiendo la jurisprudencia que hasta ese momento hacía alusión al derecho constitucional al reajuste periódico de las mesadas pensionales, sostuvo:

*“(…) Tal como ha reconocido la jurisprudencia de esta Corporación 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 de 1991, puede derivarse de una interpretación sistemática de distintos enunciados normativos contenidos en la Constitución Política.*

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 ningún motivo podrá dejarse de pagar, **congelarse o reducirse el valor de la mesada de las pensiones reconocidas conforme a derecho**” (negrillas 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”.*

Se desprende [entonces] 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. (...).”.

Así mismo, debe decirse que tampoco resulta de recibo el argumento expuesto por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares en sus alegatos de conclusión, en cuanto afirmar que el reconocimiento y pago del reajuste sobre las mesadas de las asignaciones de retiro de los oficiales y suboficiales de la Fuerza Pública entraña un grave impacto al patrimonio público; en primer lugar, porque como quedó visto, en ningún caso estamos frente a un doble pago o reajuste se reitera, en esta ocasión, que el personal en retiro de la Fuerza Pública tiene derecho al incremento o reajuste de las mesadas de su asignación de retiro, que en el período comprendido entre 1997, 1999, 2000, 2001, 2002, 2003 y 2004 se hizo conforme a la variación porcentual del índice de precios al consumidor, IPC, y con posterioridad, esto es, en vigencia del Decreto 4433 de 31 de diciembre de 2004, con observancia del principio de oscilación, y, en segundo lugar, porque si bien es cierto el Acto Legislativo 01 de 2005, propende por el principio de sostenibilidad financiera del sistema pensional, en ningún caso el referido principio puede servir de excusa para desconocer derechos adquiridos, como lo son para el personal en retiro de la Fuerza Pública, el reajuste de su asignación de retiro.

Teniendo en cuenta las consideraciones que anteceden, concluye la Sala que el reajuste efectuado sobre las asignaciones de retiro de los oficiales y suboficiales de la Fuerza Pública obedece a uno sólo, el cual se ha efectuado en el tiempo con fundamento en dos criterios distintos, a saber, el primero con observancia del índice de precios al consumidor, IPC, esto, hasta el 31 de diciembre de 2004, fecha en la que se retoma el principio de oscilación el cual, en todo caso, incrementará anualmente y a futuro las mesadas de las asignaciones de retiro del personal en retiro, partiendo siempre de la última mesada pensional del año 2004, la cual como resulta obvio había sido ajustada en su base conforme al índice de precios al consumidor, IPC.

Lo anterior, no supone en ningún caso un doble reajuste sino como quedó visto el ejercicio del derecho constitucional de que gozan los miembros en retiro de la Fuerza Pública a que a mantener el poder adquisitivo de su mesada pensional.

c. Del reajuste de la asignación de retiro del accionante.

Advierte la Sala del material probatorio allegado al expediente que, mediante Resolución No. 1537 de 23 de mayo de 2006 la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares dispuso el reconocimiento de una asignación de retiro a favor del señor José Edelmiro Chilito Maje al haberse desempeñado por espacio de 21 años y 7 días como Sargento Segundo del Ejército Nacional (fls. 88 a 89, cuaderno No.1).

El pago de la referida asignación, debe decirse según se observa a folio 88 del cuaderno No. 1 del expediente, quedó condicionado al hecho de que el hoy accionante renunciara a la pensión de jubilación que previamente le había sido reconocida a través de la Resolución No. 09889 de 1997.

En tal sentido, se observa que mediante Resolución No. 3042 de 30 de noviembre de 2006 la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares dispuso la extinción de la pensión de jubilación que venía percibiendo el señor José Edelmiro Chilito Maje y fijó como fecha a partir de la cual se hacía efectiva la asignación de retiro el 1 de marzo de 1997 (fls. 90 a 91, cuaderno No. 1).

En estos términos y habiéndose reconocido la asignación de retiro, el señor Chilito Maje solicitó ante la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares el reajuste de la citada prestación por retiro teniendo en cuenta para ello el Índice de Precios al Consumidor, IPC. El 19 de julio de 2010 la referida Caja de Retiro mediante Oficio No. 36653 negó el reajuste solicitado con los siguientes argumentos:

“(...) En atención a su derecho de petición presentado en esta entidad bajo el No. 53932 de fecha 7 de julio de 2010, por medio del cual solicita el reajuste de su asignación de retiro con base en el IPC, le informo lo siguiente:

En primer lugar, le informo que algunos de los años en que usted solicita se realice el reajuste con base en el IPC; se encontraba en servicio activo, por lo tanto esta entidad no puede efectuar reajuste alguno al no tener reconocida asignación de retiro, toda vez que usted adquirió su estatus de militar retirado a partir de 1 de marzo de 1997.

Aclarado lo anterior, le indico que el inciso segundo del artículo 217 de la Constitución Nacional, en su tenor literal reza “la Ley determinará el sistema de reemplazos en las Fuerzas Militares, así como los ascensos, derechos y obligaciones de sus miembros y el régimen especial de carrera, prestacional y disciplinario, que les es propio (...).”.

El régimen prestacional del personal de oficiales y suboficiales de las fuerzas militares, se rigen actualmente por las disposiciones contenidas en el Decreto 1211 de 1990, derogado parcialmente por el Decreto 4433 del 31 de diciembre de 2004, normas de carácter especial, que prevalecen sobre las disposiciones de carácter general.

Vale la pena señalar, que para efectos de reajuste de la asignación de retiro, el régimen prestacional de los miembros de las Fuerza Militares desde 1945 y aun en la normatividad vigente, contempla el principio de oscilación (...)

Por consiguiente, el reajuste de las asignaciones de retiro, se aplica únicamente con sujeción al principio de oscilación conforme lo dispone la normatividad especial que rige para los miembros de las fuerzas militares.

En desarrollo de lo anterior, el Gobierno Nacional anualmente mediante Decreto ejecutivo reajusta los sueldos básicos del personal en actividad a partir del cual se incrementan las asignaciones de retiro en las mismas proporciones. Utilizar mecanismos, formulas o sistemas de liquidación diferentes, equivaldría a aplicar un sistema prestacional distinto al establecido en el régimen especial para la Fuerza Pública.

Por lo anterior, es claro que a usted se la han hecho los reajustes que por ley le corresponden como militar en goce de asignación de retiro, no habiendo lugar a que se reajuste su asignación de retiro con base en el IPC, sistema de reajuste del régimen general de pensiones.”.

El anterior acto administrativo, debe decirse, fue cuestionado ante esta Jurisdicción través de la acción de nulidad y restablecimiento, cuya primera instancia fue tramitada ante el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito Judicial de Popayán¹⁷. En esa oportunidad, resulta pertinente señalar, el referido despacho judicial mediante sentencia de 4 de junio de 2012 accedió a las pretensiones de la demanda del hoy accionante manifestando que se hacía necesario que la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares analizara los reajustes que se habían efectuado sobre su asignación de retiro, esto, con el fin de establecer si los mismos han sido inferiores al Índice de Precios al Consumidor, IPC, caso en el cual se debe proceder a efectuarse el referido reajuste conforme a lo dispuesto por la jurisprudencia constitucional y contencioso administrativa.

Para mayor ilustración se transcriben algunos apartes de la referida providencia (fls. 78 a 83, cuaderno No. 2 del expediente):

“(...) Ahora bien, conforme a lo probado en el proceso y atendiendo a la posición jurisprudencial de la H. Corte Constitucional en asimilar la asignación de retiro de los exservidores de las fuerzas militares y de policía a las pensiones de jubilación, acogiendo para este Despacho la posición jurisprudencial del H. Consejo de Estado, como precedente jurisprudencial, se declarará la nulidad del acto administrativo demandado por cuanto vulneró por falta de aplicación las normas citadas en la demanda, en especial la normatividad de la Ley 100 de 1993 y el precedente jurisprudencial de la H. Corte Constitucional y el H. Consejo de Estado,

¹⁷ Sentencia de 4 de junio de 2012; fls. 78 a 83, cuaderno No. 3).

aplicada para el caso bajo estudio, desvirtuándose de contera la presunción de legalidad del acto demandado.

Así las cosas, no queda otro camino para el Despacho que declarar la nulidad del acto acusado, Oficio No. 36653 del 19 de julio de 2010, y ordenar a título de condena y restablecimiento del derecho a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares – CREMIL – realizar un estudio a los reajustes que ha tenido la pensión o asignación de retiro del actor desde el 23 de mayo de 2006, en adelante, fecha en la cual se ordenó el reconocimiento y pago de la pensión del actor, y si del referido estudio se concluye que los reajustes de su pensión han estado por debajo del IPC conocido para el año anterior a su aplicación, tendrá que reajustar dicha asignación de retiro de acuerdo con el citado IPC aplicando la fórmula para tal efecto del H. Consejo de Estado. (...).”.

No obstante lo anterior, el 12 de febrero de 2015 el Tribunal Administrativo del Cauca, al resolver el recurso de apelación interpuesto por la aparte accionante, revocó la anterior decisión y, en su lugar, negó la totalidad de las pretensiones de la demanda al considerar que la asignación de retiro del accionante fue reconocida en el 2006, esto es, en vigencia del Decreto 4433 de 2004 por el cual se había abandonado la fórmula del IPC para efectos del reajuste prestacional para adoptar, en su reemplazo, el principio de oscilación.

Así se lee en la parte motiva de la referida providencia (fls. 168 a 178, cuaderno No. 3):

“(...) teniendo en cuenta que la asignación de retiro del señor José Edelmiro Chilito Maje fue reconocida en el 2006, contrario sensu a como lo hubiere dispuesto el A quo, no le asiste derecho al apelante en pretender que la misma sea reajustada conforme al IPC cuando se tiene que a partir del 1 de enero de 2005, en atención a lo dispuesto por el Decreto 4433 de 2004, debe efectuarse conforme al principio de oscilación. (...).”.

Teniendo en cuenta las consideraciones expuestas en precedencia, y la tesis jurisprudencial vigente en materia de reajuste de asignación de retiro con observancia del Índice de Precios al Consumidor, IPC, estima la Sala pertinente recordar para el caso concreto que el Ministerio de Defensa Nacional en el año 1997 ordenó el reconocimiento y pago de una pensión de jubilación al favor del accionante.

No obstante lo anterior, con posterioridad, habiendo acreditado más de 20 años de servicios al Ejército Nacional la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares dispuso el reconocimiento de una asignación de retiro a su favor la cual se haría efectiva una vez el accionante solicitara la extinción de la pensión de jubilación que venía percibiendo.

En cumplimiento del anterior condicionamiento, la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares ordenó el pago de la referida asignación de retiro a favor el accionante con efectos fiscales a partir del 1 de marzo de 1997, inclusive. Lo anterior teniendo en cuenta que la referida Caja, a través de la Resolución No. 3042 de 30 de noviembre de 2006, había dispuesto la extinción efectiva de la pensión de jubilación en esa misma fecha.

En estos términos y contrario a lo expresado por el Tribunal Administrativo del Cauca, en la sentencia cuestionada, al accionante le fue reconocida una asignación de retiro con efectos fiscales a partir del 1 de marzo de 1997 y no desde el año 2006. Al respecto, se hace pertinente precisar que, si bien es cierto que la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares a través de Resolución No. 1537 de 2006 dispuso el reconocimiento de la referida prestación de retiro al accionante, el pago efectivo de la misma se hizo con efectos fiscales a partir del 1 de marzo de 1997.

En otras palabras, y dada las particularidades del caso concreto, la asignación de retiro del accionante fue reconocida a través de un acto administrativo expedido en el 2006, sin embargo, no hay duda de que su incidencia económica se proyectó desde el 1 de marzo de 1997, razón por la cual al momento de liquidar el monto de la referida prestación de retiro la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares debió observar el Índice de Precios al Consumidor en cumplimiento de lo dispuesto en la Ley 238 de 2005.

Lo anterior, toda vez que como lo ha sostenido esta Corporación en forma consistente y reiterada durante los años 1999, 2001, 2002, 2003 y 2004 el Índice de Precios al Consumidor fue mayor que el aumento dispuesto sobre las asignaciones de retiro de los miembros de la Fuerza Pública, en virtud del principio de oscilación.

Sobre este particular, este Despacho en sentencia de 15 de noviembre de 2012. Rad. 0907-2011, sostuvo:

“(…) No hay duda de que la tesis expuesta por las Subsecciones A y B, de la Sección Segunda de esta Corporación, en relación con el reajuste de la asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública, ha estado orientada en un sólo sentido, esto es, a que el referido reajuste incide directamente en la base de la respectiva asignación de retiro, con una

clara proyección hacia el futuro, lo que supone que a partir del 1 de enero de 2005, el reajuste efectuado con fundamento en el principio de oscilación, en virtud del Decreto 4433 de 2004, en todo caso parte del aumento que ha debido experimentar la base de la asignación de retiro, durante los años 1997, 1999, 2000, 2001, 2002, 2003 y 2004. (...).”.

Bajo estas consideraciones, resulta evidente que el Tribunal Administrativo del Cauca al proferir la sentencia de 12 de febrero de 2015 se apartó del precedente fijado por esta Corporación, esto, al omitir el reajuste del que debió ser objeto la asignación de retiro del señor José Edelmiro Chilito Maje reconocida con efectos fiscales a partir del 1 de marzo de 1997, como quedó probado en el caso bajo examen.

En este punto, la Sala no pasa por alto que el señor José Edelmiro Chilito Maje solicitó ante la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares el reajuste de su asignación de retiro el 12 de julio de 2010 razón por la cual, como lo consideró el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito Judicial de Popayán las diferencias causadas respecto de los años 1999, 2001, 2002, 2003 y 2004 se encuentran prescriptas. Empero, dicha circunstancia por sí sola, como lo ha sostenido esta Corporación, no implica la negativa al reajuste de la base que se tuvo en cuenta para liquidar el monto de la asignación de retiro.

En otros términos, si bien en la práctica no es posible reconocer y pagar las diferencias causadas sobre la asignación de retiro del accionante al haber operado el término de prescripción; resulta innegable la incidencia positiva que experimentó la base prestacional que sirvió para liquidar el monto de la referida asignación de retiro durante los años 1999, 2001, 2002, 2003 y 2004, en consonancia con lo dispuesto en precedencia.

Al respecto resulta pertinente señalar que, el Despacho que sustancia la presente causa, en sentencia de 5 de diciembre de 2013. Rad. 2689-2011, precisó que:

“(...) Las consideraciones que anteceden le permiten a la Sala afirmar que, para el caso concreto, la totalidad de las diferencias causadas con el reajuste de la asignación de retiro que percibe la demandante incluso en aplicación del término cuatrienal de prescripción se encuentran prescritas toda vez que, ésta interrumpió el referido término prescriptivo el 20 de enero de 2010, con la interposición del derecho de petición ante la Caja demandada (fls. 3 a 4).

En este punto, la Sala estima pertinente aclarar que, cuando el Tribunal en la sentencia apelada ordena a “La Caja de Retiro de las Fuerzas Militares pagar a la demandante las diferencias que resulten entre el reajuste

*reconocido con base en el principio de oscilación y lo que debe reconocerse de acuerdo a los índices de precios al consumidor a partir del 20 de enero de 2007” se refiere a que si bien las diferencias acusadas en el reajuste de la asignación de retiro de la demandante con anterioridad al 20 de enero de 2006 se encuentran prescritas, **ello no implica que en la práctica la base que se tuvo en cuenta para la liquidación de dicha prestación pensional no experimente una variación hacia el futuro (...).**”.*

Teniendo en cuenta las consideraciones que anteceden, para la Sala está claro que el juez de conocimiento del proceso ordinario de nulidad y restablecimiento del derecho de José Edelmiro Chilito Maje contra la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, debió fallar el asunto atendiendo la tesis y los argumentos esgrimidos por el máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo en relación con el reajuste de las asignaciones de retiro de los miembros de la Fuerza Pública en aplicación del Índice de Precios al Consumidor, IPC, respecto de los años 1999, 2001, 2002, 2003 y 2004.

Lo anterior, resulta pertinente aclarar, no conlleva una violación del principio de autonomía de la autoridad judicial, pues como ya se indicó si el juez considera necesario apartarse del precedente judicial bien puede hacerlo, pero para tal efecto debe reconocer su existencia y además plasmar suficientemente las razones en que fundamenta su decisión de apartarse de la interpretación de esta Corporación.

Del estudio del fallo atacado se observa que el Tribunal Administrativo del Cauca prescindió injustificadamente de cumplir con tales exigencias, pues resolvió el problema jurídico omitiendo por completo las consideraciones esgrimidas por el Consejo de Estado en las sentencias de 17 de mayo de 2007, Rad. 8464-2005 M.P. Jaime Moreno García y 15 de noviembre de 2012. Rad. 0907-2011 con ponencia del Despacho que sustancia la presente causa, respecto de la forma en que deben reliquidarse las asignaciones de retiro de los miembros de la Fuerza Pública durante el período 1999, 2001, 2002, 2003 y 2004.

Ciertamente, en la interpretación realizada por el Tribunal en la sentencia de 12 de febrero de 2015, se observa con claridad una omisión de la jurisprudencia emitida por esta Corporación, ya que en ningún momento se hace referencia a aquella ni se expresan los motivos por los cuales no se acogen sus planteamientos.

Corolario de lo anterior, la Sala concluye que el Tribunal accionado como juez de segunda instancia del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho, tomó una decisión sin argumentar o motivar por qué no acogió los precedentes antes citados, incurriendo en una causal de procedibilidad de acción de tutela contra providencias judiciales con la consecuente violación del derecho a la igualdad del accionante, en tanto no resolvió su caso considerando las reglas que para el efecto han sido establecidas por la jurisprudencia del Consejo de Estado, frente a la reliquidación de las asignaciones de retiro de los miembros de la Fuerza Pública durante el período 1999, 2001, 2002, 2003 y 2004.

En conclusión, en el presente caso procede la tutela contra la providencia judicial proferida por el Tribunal Administrativo del Cauca, en virtud de que se desconoció abiertamente el precedente fijado por el Consejo de Estado en la materia antes anotada.

La Sala insiste que lo anterior no implica una intervención indebida en la autonomía del juez ordinario ni quiere decir que éste deba acoger obligatoriamente el criterio jurisprudencial expuesto con anterioridad, sino que en garantía del derecho a la igualdad, el fallador debe tener en consideración el precedente judicial preexistente, y en caso de apartarse del mismo, justificar de manera suficiente las razones por las cuales estima que no debe ser aplicado en el caso concreto.

Por las razones expuestas, se concederá el amparo del derecho fundamental a la igualdad en cabeza del señor José Edelmiro Chilito Maje. En consecuencia, se dejará sin efectos la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Cauca de 12 de febrero de 2015, ordenándose a dicha autoridad judicial, resolver nuevamente el recurso de apelación propuesto contra la sentencia de 4 de junio de 2012 del Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito Judicial de Popayán, acogiendo el criterio fijado por la jurisprudencia establecida por el Consejo de Estado en las sentencias de 17 de mayo de 2007, Rad. 8464-2005 M.P. Jaime Moreno García y 15 de noviembre de 2012. Rad. 0907-2011 con ponencia del Despacho que sustancia la presente causa, o en su defecto explicando de manera adecuada y suficiente las razones por las cuales se aparta del mismo.

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

FALLA

PRIMERO: TUTÉLASE el derecho a la igualdad en cabeza del señor JOSÉ EDELMIRO CHILITO MAJE, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: DÉJASE sin efectos, el fallo de segunda instancia de 12 de febrero de 2015, proferido por el Tribunal Administrativo del Cauca, dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por JOSÉ EDELMIRO CHILITO MAJE contra la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, por medio de la cual se revocó la sentencia de 4 de junio de 2012 y se negaron las pretensiones de la demanda.

TERCERO: ORDÉNASE al Tribunal Administrativo del Cauca que dentro de los 20 días siguientes a la notificación de esta providencia, resuelva nuevamente el recurso de apelación propuesto contra la sentencia de 4 de junio de 2012 proferida por el Juzgado Séptimo del Circuito Judicial de Popayán, acogiendo el criterio fijado por la jurisprudencia establecida por el Consejo de Estado en las sentencias de 17 de mayo de 2007, Rad. 8464-2005 M.P. Jaime Moreno García y 15 de noviembre de 2012. Rad. 0907-2011 con ponencia del Despacho que sustancia la presente causa, o en su defecto explicando de manera adecuada y suficiente las razones por las cuales se aparta del mismo.

Si no fuere recurrida esta providencia, envíese a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Notifíquese en legal forma a las partes.

Discutida y aprobada en sesión de la fecha.

GERARDO ARENAS MONSALVE

SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ

CARMELO PERDOMO CUÉTER