

## **DESCONOCIMIENTO DE PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL - Causal de procedibilidad de la acción de tutela contra providencia judicial**

La figura del precedente fortalece la institución de la cosa juzgada constitucional para reiterar los principios de seguridad jurídica y la igualdad material, es decir, igualdad de trato ante la administración de justicia. Lo que se busca garantizar por medio de la reiteración, es que las razones de la decisión que permiten la interpretación de un derecho y por ende, la extracción de su valor y sentido constitucional, tenga aplicación uniforme, respeto y efectividad para alcanzar los fines constitucionales que propone la Constitución, como garantía de igualdad seguridad jurídica, bajo los valores de paz, solidaridad y armonía social. En conclusión, la causal específica de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales por desconocimiento del precedente se materializa cuando se desconocen las decisiones, tanto en sede de control abstracto de constitucionalidad como de control particular de acción de tutela, que hacen tránsito a cosa juzgada constitucional, en los términos del artículo 243 constitucional.

**FUENTE FORMAL:** CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 86 / DECRETO 2591 DE 1991

**NOTA DE RELATORIA:** La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, en fallo de 31 de julio de 2012, C.P. María Elizabeth García González, Exp: 11001-03-15-000-2009-01328-01(AC)IJ, al pronunciarse sobre la procedencia excepcional de la acción de tutela, el Consejo de Estado resolvió: "RECTIFICASE la postura jurisprudencial que ha tenido esta Corporación en relación con la tutela contra providencias judiciales y, en su lugar, se dispone que la misma es precedente cuando resulten violatorias de derechos fundamentales, observando al efecto los parámetros fijados hasta el momento Jurisprudencialmente, así como los que en el futuro determine la Ley y la Jurisprudencia". Ver, Corte Constitucional, sentencia C-590 de 2005 y T-457 de 2008.

## **DEBIDO PROCESO Y DESCONOCIMIENTO DE PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL - Desconocimiento de precedente judicial sobre reajuste de asignaciones de retiro y/o pensiones con base en el Índice de Precios al Consumidor**

En efecto, advierte la Sala, que el Tribunal Administrativo de Cundinamarca (Sección Segunda, Subsección "C"), desconoció el precedente jurisprudencial ampliamente tratado por la Sección Segunda del Consejo de Estado en cuanto al reconocimiento del reajuste de la mesada pensional con base en el IPC, dentro del régimen especial de la policía y de las fuerzas militares, al proferir la sentencia de 29 de julio de 2012, pues negó dicho reajuste por considerar que las mesadas pensionales y la reliquidación de las mismas se encontraban prescritas, pese a que el precedente judicial vertical es claro al afirmar que los miembros de la fuerza pública tienen derecho al reajuste de su mesada pensional conforme al IPC cuando este es mayor a la aplicación del principio de oscilación entre los años 1997 y 2004, a pesar de que no tengan derecho al pago de la diferencia de estas por haber operado la prescripción de la mesada. Por tanto es claro que el Tribunal al momento de proferir sentencia, tenía la obligación de respetar el precedente jurisprudencial sobre el tema y realizar el análisis sobre el reajuste de las mesadas pensionales entre los años 1997 y 2004, en lo concerniente a la diferencia entre el IPC y el principio de oscilación, en razón a la afectación del valor de las mesadas pensionales causadas posteriormente.

**NOTA DE RELATORIA:** Sobre el término de prescripción cuatrienal, Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia de 4 de septiembre de 2008, Rad. 0628-08, MP. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren; sentencia de 25 de noviembre de 2010, Rad. 2062-2009, MP. Víctor Hernando Alvarado Ardila.

**FUENTE FORMAL:** DECRETO 1211 DE 1990 / LEY 100 DE 1993

**DEFECTO MATERIAL O SUSTANTIVO - Causal de procedibilidad de la acción de tutela**

Resumiendo los anteriores argumentos, la causal de defecto sustantivo como causal de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales, se perfecciona cuando i) se da aplicación a una norma totalmente inaplicable, pero que surte efectos en el sentido de afectar derechos y garantías de los sujetos procesales; ii) cuando la interpretación a la que se lleva una disposición normativa contenida en un texto jurídico es contraria a los derechos fundamentales; iii) cuando como defecto material, se deja de aplicar un principio constitucional que era definitivo para el caso, y iv) cuando la norma es inexistente o inconstitucional, sin que haya tenido que ser declarada como tal, como resultado de la aplicación de la excepción de inconstitucionalidad.

**NOTA DE RELATORIA:** Sobre el defecto sustantivo, Corte Constitucional, sentencias SU-159/02, T-1222 de 2005 y T-310/09.

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCION PRIMERA**

**Consejera ponente: MARIA CLAUDIA ROJAS LASSO**

Bogotá, D.C., diez (10) de octubre de dos mil doce (2012)

**Radicación número: 11001-03-15-000-2011-01432-01(AC)**

**Actor: ISABEL CHALA DE BEJARANO**

**Demandado: POLICIA NACIONAL**

Se decide la impugnación presentada por la parte actora contra la sentencia proferida el 9 de marzo de 2012 por la Sección Quinta de esta Corporación, mediante la cual se declaró que no procedía la acción de tutela.

**I. ANTECEDENTES**

**1.1. LA SOLICITUD**

El 4 de octubre de 2011, la señora Isabel Chala de Bejarano, a través de apoderado judicial, presentó acción de tutela contra el Tribunal Administrativo de Cundinamarca (Sección Segunda, Subsección "C",) para reclamar la protección de sus derechos fundamentales a la igualdad, el debido proceso, el mínimo vital, la seguridad social y acceso a la administración de justicia, que considera vulnerados con ocasión de la sentencia dictada, el 29 de julio de 2011, dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho instaurado contra la Policía Nacional (Radicado N° 2009-00464-01).

## **1.2. HECHOS**

La actora relata que en su calidad de cónyuge sobreviviente del señor José María Bejarano, la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional, reconoció en su favor pensión, a través de Resolución No 00288 de 2006 (5 de abril), de la cual solicitó reajuste conforme al índice de precios al consumidor.

La anterior petición fue negada mediante oficio 13045/APREGRUPE 20 RAD N°. E906-121235 de 11 de junio de 2009, acto contra el cual interpuso demanda de nulidad y restablecimiento del derecho.

Indicó que de acuerdo con el Decreto 133 de 1995 el salario de los Almirantes y Generales sería equivalente al de un Ministro del Gobierno Nacional, el cual debía reajustarse conforme al IPC según lo dispusieron las leyes 238 de 1995 y 100 de 1993, incremento que no se realizó desde el año 1996 en adelante, por lo que se afectó para los mismos años la asignación de retiro de los demás oficiales, como quiera que su remuneración dependa de la asignación básica que devenga.

En sentencia el 4 de febrero de 2011, el Juzgado Veintisiete Administrativo del Circuito de Bogotá, concluyó que con la expedición de la Ley 238 de 1994 como norma favorable, quienes gozaban de asignación de retiros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, tiene derecho al reconocimiento del IPC establecido inicialmente por ley 100 de 1993 y, en consecuencia, ordenó reajusté a partir de 1997 hasta el 2004, pero declaró prescritas las mesadas anteriores al 4 de junio de 2005.

Contra la anterior decisión, la actora interpuso recurso de apelación, el cual fue resuelto el 29 de julio de 2011 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca

(Sección Segunda, Subsección "C"), revocando la sentencia del *a quo* y, en su lugar declaró prescrito el derecho reclamado y negó las pretensiones de la demanda.

Considera la actora que el Tribunal incurrió en defecto sustancial por cuanto desconoció las Leyes 100 de 1993 y 238 de 1995.

Asimismo, señala que el Tribunal desconoció el precedente del Consejo de Estado en lo referente a la imprescriptibilidad del derecho a la asignación de retiro y al reconocimiento del reajuste de la mesada pensional conforme al IPC, pese a que las mesadas se encuentren prescritas.

## **1.2. PRETENSIONES**

Solicita el amparo de los derechos fundamentales invocados y que se ordene al Tribunal Administrativo de Cundinamarca (Sección Segunda, Subsección "C"), dejar sin efectos la sentencia dictada en segunda instancia el 29 de julio de 2011 dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho instaurado contra la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional (Radicado N° 2009-00464-01), y en su lugar, proferir una decisión favorable a sus pretensiones.

## **II. ACTUACION**

La Sección Quinta del Consejo de Estado admitió la tutela por auto del 13 de octubre de 2011. Allí se dispuso notificar a la autoridad accionada y al Ministerio de Defensa - Policía Nacional, por tener interés en las resultas de la acción.

2.1. El Tribunal Administrativo de Cundinamarca (Sección Segunda, Subsección "C"), señaló que no existe vulneración a los derechos fundamentales en la sentencia proferida por esa Corporación el día 29 de julio de 2011 en la que consta la decisión en derecho y teniendo en cuenta los lineamientos jurisprudenciales vigentes en ese momento<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Folio 23

2.2. El Ministerio de Defensa - Policía Nacional, solicitó declarar improcedente la acción, comoquiera que no cumple con los requisitos previos y causales genéricas de procedibilidad, pues no es dable al juez de tutela, bajo ninguna circunstancia, cuestionar a las autoridades judiciales en sus actuaciones, pues ello implicaría convertirla en una tercera instancia, lo que atentaría contra el principio de autonomía de los funcionarios públicos y, desconocería el debido proceso.

Resaltó que la tutela no es el mecanismo jurídico válido, toda vez que las providencias cuestionadas por la accionante se fundamenta en normas existentes dentro de la legislación aplicable al caso, lo que desvirtúa la posibilidad de que tal decisión sea contraria a derecho o que adolezca de cualquier otro defecto, ya se formal o procedimental, caso que haría posible la acción de tutela contra la decisión judicial en cuestión<sup>2</sup>.

### **III. EL FALLO IMPUGNADO**

La Sección Quinta de esta Corporación, mediante sentencia de 9 de marzo de 2012, consideró improcedente la tutela cuando se interpone contra fallos judiciales, pero reconoce que, en casos especialísimos, si es procedente y a su vez manifiesta que en el caso en concreto se evidencia una inconformidad con el contenido del fallo y por consiguiente no se puede entrar a suplantar al juez ordinario, convirtiendo así a la acción de tutela en una instancia procesal más para las pretensiones de la demanda<sup>3</sup>.

### **IV. LA IMPUGNACION**

La actora reitera los argumentos expuestos en la demanda inicial.

### **V. CONSIDERACIONES DE LA SALA**

#### **5.1 Competencia de la Sala**

---

<sup>2</sup> Folio 46

<sup>3</sup> Folio 158

Esta Sección es competente de conformidad con el numeral 2º del artículo 1º del Decreto 1382 de 2000 (12 de julio), por el cual se dictan reglas para el reparto de la acción de tutela<sup>4</sup>.

## **5.2 Generalidades de la tutela**

La acción de tutela ha sido instituida como un instrumento preferente y sumario, destinado a proteger de manera efectiva e inmediata los derechos constitucionales fundamentales, cuando hayan sido violados o amenazados por las autoridades públicas, o por los particulares, en los casos expresamente señalados. Procede, a falta de otro medio de defensa judicial, a menos que se utilice como mecanismo transitorio, para prevenir un perjuicio irremediable.

En este caso se trata de una acción de tutela contra providencia judicial respecto de la cual esta Sección venía siguiendo la línea de la sentencia C-543 de 1992 de la Corte Constitucional. A través de la reciente decisión de la Sala Plena del 31 de julio del 2012 en la cual la suscrita Magistrada Ponente salvó el voto, esta Sección decidió acogerse a la sentencia C-590 del 2005 de la Corte Constitucional.

## **5.3 De la acción de tutela contra providencias judiciales**

Si bien es cierto que la suscrita Magistrada se apartó de la decisión mayoritaria adoptada por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo mediante sentencia del 31 de julio de 2012 por no compartir la tesis sobre procedencia de la acción de tutela contra sentencias sino en los términos restrictivos y excepcionales de la sentencia C-543 de 1992, sin embargo acata la decisión mayoritaria precisando, como lo consignó en el respectivo salvamento de voto, que se ceñirá a los precisos términos consagrados en la sentencia C-590 del 2005 de la Corte Constitucional según los cuales, la acción de tutela contra sentencias exige la configuración de unos presupuestos generales y otros específicos.

Los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela contra decisiones judiciales, de conformidad con la citada sentencia C-590 de 2005, son los siguientes:

---

<sup>4</sup> Según esta norma «Cuando la acción de tutela se promueva contra un funcionario o corporación, le será repartida al respectivo superior funcional del accionado.»

“a. Que la cuestión que se discuta resulte de evidente relevancia constitucional. Como ya se mencionó, 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. En consecuencia, el juez de tutela debe indicar con toda claridad y de forma expresa porqué la cuestión que entra a resolver es genuinamente una cuestión de relevancia constitucional que afecta los derechos fundamentales de las partes.

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. De allí que sea un deber del actor desplegar todos los mecanismos judiciales ordinarios que el sistema jurídico le otorga para la defensa de sus derechos. De no ser así, esto es, de asumirse la acción de tutela como un mecanismo de protección alternativo, se correría el riesgo de vaciar las competencias de las distintas autoridades judiciales, de concentrar en la jurisdicción constitucional todas las decisiones inherentes a ellas y de propiciar un desborde institucional en el cumplimiento de las funciones de esta última.

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. De lo contrario, esto es, de permitir que la acción de tutela proceda meses o aún años después de proferida la decisión, se sacrificarían los principios de cosa juzgada y seguridad jurídica ya que sobre todas las decisiones judiciales se cerniría una absoluta incertidumbre que las desdibujaría como mecanismos institucionales legítimos de resolución de conflictos.

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. No obstante, de acuerdo con la doctrina fijada en la Sentencia C-591-05, si la irregularidad comporta una 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. 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. Esto por cuanto los debates sobre la protección de los derechos fundamentales no pueden prolongarse de manera indefinida, mucho más si todas las sentencias proferidas son sometidas a un riguroso proceso de selección ante esta Corporación, proceso en virtud del cual las sentencias no seleccionadas para revisión, por decisión de la sala respectiva, se tornan definitivas.

Además de estos requisitos generales, la misma sentencia consagra otros requisitos específicos, además de los generales antes anotados, que son los siguientes:

“(…)

“a. Defecto orgánico, que se presenta cuando el funcionario judicial que profirió la providencia impugnada, carece, absolutamente, de competencia para ello.

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.

f. 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.

g. Decisión sin motivación, que implica el incumplimiento de los servidores judiciales de dar cuenta de los fundamentos fácticos y jurídicos de sus decisiones en el entendido que precisamente en esa motivación reposa la legitimidad de su órbita funcional.

h. Desconocimiento del precedente, hipótesis que se presenta, por ejemplo, cuando la Corte Constitucional establece el alcance de un derecho fundamental y el juez ordinario aplica una ley limitando sustancialmente dicho alcance. En estos casos la tutela procede como mecanismo para garantizar la eficacia jurídica del contenido constitucionalmente vinculante del derecho fundamental vulnerado.

i. Violación directa de la Constitución.”

A partir de la decisión mayoritaria de la Sala Plena, este Despacho examinará rigurosamente la configuración de estos requisitos generales y específicos de

procedibilidad de la tutela, manteniendo el carácter restringido y excepcional que la propia jurisprudencia de la Corte Constitucional le ha impreso a los casos en que esta se interponga contra sentencias judiciales.

#### **5.4 Análisis de la situación planteada.**

La actora promovió acción de tutela contra la sentencia de 29 de julio de 2011, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca (Sección Segunda, Subsección "C"), por cuanto considera que al negar sus pretensiones en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho, se ha generado una violación de sus derechos fundamentales a la igualdad, al debido proceso, el mínimo vital, la seguridad social y de acceso a la administración de justicia, pues la decisión proferida por el Tribunal ha generado un desconocimiento del precedente vertical que ha proferido la Sección Segunda del Consejo de Estado en cuanto al tema del reconocimiento del reajuste de la mesada pensional conforme al IPC, en el caso de los miembros de la Policía Nacional.

Asimismo, pone de presente que el Tribunal incurrió en defecto sustancial por cuanto desconoció las Leyes 100 de 1993 y 238 de 1995.

##### **5.4.1 Desconocimiento del precedente jurisprudencial como causal de procedibilidad de la acción de tutela contra providencia judicial, de acuerdo con la sentencia C-590 del 2005 de la Corte Constitucional.**

De las consideraciones expuestas por la Corte Constitucional en la sentencia C-590 del 2005, de donde se desprenden las causales genéricas y específicas de procedibilidad que ha venido decantando la jurisprudencia constitucional<sup>5</sup> en lo que respecta a la procedencia de la acción de tutela contra providencia judicial, se pasa a hacer el siguiente análisis.

La Corte Constitucional, en la sentencia T-457 del 2008 ha sintetizado su interpretación sobre los efectos del alcance del precedente, de la siguiente manera:

---

<sup>5</sup> Sobre el asunto se pueden encontrar diferentes fallos de la Corte Constitucional que han venido depurando la línea jurisprudencial relacionada con las vías de hecho y que la sentencia T-189 del 2005 pasó a denominar causales genéricas y específicas de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, lo que ha venido evolucionando desde la sentencia C-543 de 1992 sería ratificado por la sentencia C-590 del 2005. Entre los fallos que pueden ilustrar la materia, se pueden encontrar los siguientes: T-08 de 1998; SU-1184 del 2001; T-328 del 2005; T-102 del 2006; T-1192 del 2003; 171 del 2006 ; SU-168 de 1999, entre otras.

“En relación a la aplicación del precedente, esta Sala de Revisión en sentencia T-158 de 2006 señaló: “Por ello, la correcta utilización del precedente judicial implica que un caso pendiente de decisión debe ser fallado de conformidad con el(los) caso(s) del pasado, sólo (i) si los hechos relevantes que definen el caso pendiente de fallo son semejantes a los supuestos de hecho que enmarcan el caso del pasado, (ii) si la consecuencia jurídica aplicada a los supuestos del caso pasado, constituye la pretensión del caso presente y (iii) si la regla jurisprudencial no ha sido cambiada o ha evolucionado en una distinta o más específica que modifique algún supuesto de hecho para su aplicación.”<sup>6</sup>.

Con base en la interpretación y efectos que se desprenden de los artículos 4 y 243 de la Constitución, la Corte Constitucional ha venido definiendo cuándo el precedente de un fallo tiene carácter vinculante y es obligatorio para todos los operadores del derecho:

“En el análisis de un caso deben confluír los siguientes elementos para establecer hasta qué punto el precedente es relevante o no: (i) En la ratio decidendi de la sentencia se encuentra una regla relacionada con el caso a resolver posteriormente. (ii) La ratio debió haber servido de base para solucionar un problema jurídico semejante, o a una cuestión constitucional semejante. (iii) los hechos del caso o las normas juzgadas en la sentencia anterior deben ser semejantes o plantear un punto de derecho semejante al que debe resolverse posteriormente. En este sentido será razonable que “cuando en una situación similar, se observe que los hechos determinantes no concuerdan con el supuesto de hecho, el juez esté legitimado para no considerar vinculante el precedente”. Estos tres elementos hacen que una sentencia anterior sea vinculante y, en esa medida, que se constituya en un precedente aplicable a un caso concreto. De allí que se pueda definir el precedente aplicable, como aquella sentencia anterior y pertinente cuya ratio conduce a una regla - prohibición, orden o autorización- determinante para resolver el caso, dados unos hechos y un problema jurídico, o una cuestión de constitucionalidad específica, semejantes.”<sup>7</sup>

La figura del precedente fortalece la institución de la cosa juzgada constitucional para reiterar los principios de seguridad jurídica y la igualdad material, es decir, igualdad de trato ante la administración de justicia. Lo que se busca garantizar por medio de la reiteración, es que las razones de la decisión que permiten la interpretación de un derecho y por ende, la extracción de su valor y sentido constitucional, tenga aplicación uniforme, respeto y efectividad para alcanzar los fines constitucionales que propone la Constitución, como garantía de igualdad seguridad jurídica, bajo los valores de paz, solidaridad y armonía social.

---

<sup>6</sup> C.Constitucional T-457 de 2008 M.P: Humberto Sierra Porto.

<sup>7</sup> C.Constitucional T-292 de 2006 M.P: Manuel José Cepeda Espinosa.

En conclusión, la causal específica de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales por desconocimiento del precedente se materializa cuando se desconocen las decisiones, tanto en sede de control abstracto de constitucionalidad como de control particular de acción de tutela, que hacen tránsito a cosa juzgada constitucional, en los términos del artículo 243 constitucional.

#### **5.4.2 Defecto material o sustantivo como causal de procedibilidad de la acción de tutela contra providencia judicial, de acuerdo con la sentencia C-590 del 2005 de la Corte Constitucional.**

En cuanto al defecto material o sustantivo la Corte Constitucional, además de la sentencia arriba referida, ha definido en otras que resultan complementarias para entender las causales genéricas y específicas de procedibilidad de la acción de tutela, el valor del defecto sustantivo como causa de la afectación de derechos fundamentales. Al respecto, ha señalado que se incurre en la causal de defecto sustantivo cuando la decisión judicial fue adoptada en una norma que resultaba evidentemente inaplicable al caso decidido<sup>8</sup> o cuando dichas normas son inexistentes o han sido declaradas inconstitucionales.

Al definir la causal de defecto sustantivo, la protección que se predica del ordenamiento sobre los derechos fundamentales de una persona que puede ver amenazadas sus garantías materiales y formales en una actuación judicial, se resume a la situación en que la protección constitucional evita la aplicación de una norma que existe, o incluso, que ha dejado de existir, sea ya por la derogatoria de la misma, al resultar contraria a una norma especial sobre el asunto; o, en el caso limite, de haber sido excluida del ordenamiento por resultar contraria a la Constitución, como consecuencia de su inconstitucionalidad. En este sentido, la protección que se predica del defecto sustantivo, no solo se convierte en una garantía para la prevalencia de los derechos fundamentales, y en concreto, de las garantías procesales que se desprenden de la protección generalizada que irradia de la cláusula del debido proceso, que se encuentra enunciada en el artículo 29 de la Constitución, pues es esta protección la que acompaña a toda persona que hace parte o tiene interés legítimo en una actuación judicial, como resultado de la efectividad del derecho al debido proceso; acceso a la administración de justicia; administración de una justicia en condiciones de imparcialidad, de forma pronta y

oportuna; ser juzgado por un juez competente, autónomo e imparcial, entre otras.

Resumiendo los anteriores argumentos, la causal de defecto sustantivo como causal de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales, se perfecciona cuando i) se da aplicación a una norma totalmente inaplicable, pero que surte efectos en el sentido de afectar derechos y garantías de los sujetos procesales; ii) cuando la interpretación a la que se lleva una disposición normativa contenida en un texto jurídico es contraria a los derechos fundamentales; iii) cuando como defecto material, se deja de aplicar un principio constitucional que era definitivo para el caso, y iv) cuando la norma es inexistente o inconstitucional, sin que haya tenido que ser declarada como tal, como resultado de la aplicación de la excepción de inconstitucionalidad.

#### **5.4.3 Análisis del caso concreto.**

Corresponde a la Sala, determinar si efectivamente, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca (Sección Segunda, Subsección "C"), desconoció el precedente jurisprudencial de la Sección Segunda de esta Corporación en cuanto al tema del reconocimiento del reajuste de la mesada pensional con base en el IPC, dentro del régimen especial de la policía y de las fuerzas militares; y si desconoció las Leyes 100 de 1993 y 238 de 1995, al momento de pronunciarse sobre el tema.

Ahora bien, en cuanto al reconocimiento del reajuste de la mesada pensional con base en el IPC, dentro del régimen especial de la policía y de las fuerzas militares, la Sección Segunda de esta Corporación se ha manifestado en reiteradas oportunidades señalando que debe realizarse dicho ajuste a la mesada pensional, pese a que producto de la figura jurídica de la prescripción no sea posible su cobro, para los años de 1997 hasta 2004, en donde el ajuste en razón del principio de oscilación sea inferior. Al respecto, con ocasión de una acción de tutela, interpuesta con fundamento en hechos análogos, la Sección Segunda Subsección "B" de esta Corporación, mediante providencia de 7 de junio de 2012, (M.P. Víctor Hernando Alvarado Ardila), amparó los derechos fundamentales al debido proceso y a la igualdad del actor, por desconocimiento del precedente judicial, con fundamento en lo siguiente:

---

<sup>8</sup> Cf. C.Constitucional T-008 de 1998. M.P: Eduardo Cifuentes Muñoz.

“Al respecto, dentro de los asuntos encontrados sobre el tópico relacionado con el derecho de reajuste de la asignación de retiro con base en el IPC hasta el 31 de diciembre de 2004 (fecha hasta la cual en reiterada jurisprudencia se ha considerado opera la viabilidad de actualizar las asignaciones de retiro con base en el IPC y no con el principio de oscilación), se ha considerado que la modificación que genera el reajuste con base en el IPC puede tener incidencia en las mesadas futuras. Al respecto veamos:

En sentencia de la Sección Segunda - Subsección B, de 15 de julio de 2010, con ponencia de quien ahora lo hace en el presente asunto, radicado interno No 2061-2009, actor: Lucía Sánchez de Manrique, se afirmó que:

“Sin embargo, se revocará el numeral tercero de la sentencia en cuanto ordenó reconocer y pagar las diferencias que resulten entre el ajuste reconocido con base en el principio de oscilación y lo que se debe reconocer de acuerdo al IPC respecto de los años 1997, 1999, 2001, 2002, 2003 y 2004, **teniendo en cuenta que; tal como lo estableció el A-quo, las mesadas causadas con anterioridad al 17 de marzo de 2005 se encuentran prescritas. Si bien, dichas diferencias no pueden ser canceladas por los motivos expuestos, si deben ser utilizadas como base para la liquidación de las mesadas posteriores**”.

En providencia de la Sección Segunda - Subsección A de 29 de julio de 2010, C.P. Doctor Alfonso Vargas Rincón, radicado interno No 1631-2008; actor: Gloria María Arciniegas de Narváez, se afirmó:

“Como ya se expuso, la prescripción que en esta providencia se decreta es en relación con los derechos correspondientes a los años anteriores al 15 de diciembre de 2002, por haberse presentado la petición el 15 de diciembre de 2006, no obstante, debe precisar la Sala que en consideración a que la actora tenía derecho a la aplicación del IPC en los años 1997, 1999, 2001 y 2002, en lugar del principio de oscilación que se le aplicó, la entidad debe efectuar la liquidación por dichos años, aplicando el IPC vigente para tales fechas y sobre esas sumas aplicará los porcentajes anuales correspondientes, conforme al cuadro que aparece a folio 22.

**Lo anterior, teniendo en cuenta que si bien dichas diferencias no pueden ser canceladas por encontrarse prescritas, si deben ser utilizadas como base de la liquidación de las mesadas posteriores**”.

En sentencia de la Sección Segunda - Subsección B, de 25 de noviembre de 2010, con ponencia de quien ahora lo hace en el presente asunto, radicado interno No 2062-2009, actor: Leonor Guarnizo de Maldonado, se sostuvo:

“Ahora bien observa la Sala que el A - quo ordenó reajustar la asignación de retiro de la accionante con base en el IPC para los años 1997, 1999, 2001 a 2004, declarando la prescripción sobre las diferencias causadas con anterioridad al 26 de abril de 2007, **sin embargo es preciso aclarar, que en otras oportunidades ha**

**precisado esta Corporación, que el término prescriptivo es cuatrienal, tal y como lo manifestó el recurrente por tal motivo, la decisión recurrida será modificada, declarando prescritas las diferencias de las mesadas causadas con anterioridad al 26 de abril de 2003 de conformidad con lo preceptuado en el artículo 174 del Decreto 1211 de 1990. No obstante, se debe tener en cuenta, que si bien dichas diferencias no pueden ser canceladas por encontrarse prescritas si deben ser utilizadas como base para la liquidación de las mesadas posteriores”.**

*En sentido similar, en providencia de la Sección Segunda - Subsección A, de 27 de enero de 2011, M.P. Doctor Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, radicado interno No 1479-09, actor: Javier Medina Baena, se estableció:*

*“Entonces dada la naturaleza de la asignación de retiro, como una prestación periódica, es claro que el hecho de que se haya accedido a la reliquidación de la base con fundamento en el IPC, hace que tal monto se vaya incrementando de manera cíclica y a futuro de manera ininterrumpida, pues como se ha precisado en anteriores oportunidades La diferencias reconocidas a la base pensional si deben ser utilizadas para la liquidación de mesadas posteriores”.*

**En este orden de ideas debe indicarse que al accionante le asistía el derecho al reajuste de su asignación de retiro con base en el IPC durante los años 1997 a 2004 (atendiendo obviamente a aquellos casos en los que el IPC haya sido más favorable que el principio de oscilación) sin perjuicio de que se declarara la prescripción cuatrienal sobre las mesadas pensionales no reclamadas en tiempo, pues, como se indicó anteriormente, el fenómeno de la prescripción opera sobre las mesadas y sobre el reajuste como tal, por cuanto dichos conceptos si deben ser utilizados como base para la liquidación de las mesadas posteriores, en la medida que podrían afectar la asignación de retiro en los años posteriores a aquel en el que el derecho se concede, tal y como lo manifestó esta Corporación en la jurisprudencia antes referida”. (Se resalta)**

En efecto, advierte la Sala, que el Tribunal Administrativo de Cundinamarca (Sección Segunda, Subsección “C”), desconoció el precedente jurisprudencial ampliamente tratado por la Sección Segunda del Consejo de Estado en cuanto al reconocimiento del reajuste de la mesada pensional con base en el IPC, dentro del régimen especial de la policía y de las fuerzas militares, al proferir la sentencia de 29 de julio de 2012, pues negó dicho reajuste por considerar que las mesadas pensionales y la reliquidación de las mismas se encontraban prescritas<sup>9</sup>, pese a que el precedente judicial vertical es claro al afirmar que los miembros de la fuerza pública tienen derecho al reajuste de su mesada pensional conforme al IPC cuando este es mayor a la aplicación del principio de oscilación entre los años

1997 y 2004, a pesar de que no tengan derecho al pago de la diferencia de estas por haber operado la prescripción de la mesada.

Por tanto es claro que el Tribunal al momento de proferir sentencia, tenía la obligación de respetar el precedente jurisprudencial sobre el tema y realizar el análisis sobre el reajuste de las mesadas pensionales entre los años 1997 y 2004, en lo concerniente a la diferencia entre el IPC y el principio de oscilación, en razón a la afectación del valor de las mesadas pensionales causadas posteriormente.

Conforme a lo anterior, la Sala revocará la sentencia del 9 de marzo de 2012 proferida por la Sección Quinta de esta Corporación y, en su lugar, amparará los derechos fundamentales invocados por la actora. En consecuencia dejará sin efectos la providencia de 29 de julio de 2012, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca (Sección Segunda Subsección "C") por desconocimiento del precedente judicial de la Sección Segunda del Consejo de Estado, respecto del tema objeto de la presente acción de tutela.

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

#### **F A L L A:**

**PRIMERO-. AMPARANSE** los derechos fundamentales a la igualdad y al debido proceso de la actora. En consecuencia, **REVOCASE** la providencia de 9 de marzo de 2012 proferida por la Sección Quinta de esta Corporación.

**SEGUNDO-. DEJASE SIN EFECTOS** la sentencia de 29 de julio de 2012, proferida en segunda instancia por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca (Sección Segunda, Subsección "C"), en cuanto denegó el reajuste de la asignación de retiro con base en el IPC con anterioridad al 19 de diciembre de 2004, sin valorar si ello tenía incidencia en sus mesadas futuras.

**TERCERO-. ORDENASE** al Tribunal Administrativo de Cundinamarca (Sección Segunda, Subsección "C"), proferir un nuevo fallo, conforme a derecho teniendo en cuenta los precedentes judiciales citados en esta providencia.

---

<sup>9</sup> Folio 39.

Dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia envíese el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en reunión celebrada el 10 de octubre de 2012.

MARIA ELIZABETH GARCIA GONZALEZ  
Presidenta

MARIA CLAUDIA ROJAS LASSO  
MORENO

MARCO ANTONIO VELILLA