

TUTELA COMO MECANISMO TRANSITORIO-Requisitos; limites de la sentencia; efectos temporales / PERJUICIO IRREMEDIABLE-Definición y configuración; la sentencia que lo concede no desplaza la decisión del juez natural

Excepcionalmente, aun cuando existan otros mecanismos de defensa judicial, la acción de tutela procede como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, con el fin de reclamar derechos laborales o de carácter pensional, siempre que se ponga en peligro el mínimo vital de las personas¹. Adicionalmente, la jurisprudencia de esta Sala ha precisado que el perjuicio irremediable debe probarse y revestir los caracteres de urgencia, gravedad e inminencia, en los siguientes términos: “En diversas oportunidades se ha precisado que el perjuicio irremediable es el daño causado a un bien jurídico por las acciones u omisiones manifiestamente ilegítimas y contrarias a derecho, que una vez producido, resulta irreversible y por lo tanto no puede ser retornado a su estado anterior. Y que la acción de tutela es procedente para evitarlo cuando se cumplan las siguientes exigencias: que el perjuicio sea inminente, es decir, que se produzca indefectiblemente si no opera la protección judicial transitoria; que las medidas que se requieren para conjurar el perjuicio sean urgentes; que el daño o menoscabo sea grave, esto es, que una vez que aquel se haya producido es imposible retornar la situación a su estado anterior; y que la urgencia y la gravedad determinen que la acción de tutela sea impostergable”². Teniendo en cuenta las anteriores consideraciones, la Sala procederá a verificar si en el caso concreto la demandante y sus hijos menores se encuentran en una situación que amerita la procedencia de la acción de tutela como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. A folio 6 obra una declaración extra procesal rendida por la señoras (...), ante el Notario Décimo del Distrito Portuario de Barranquilla, en la cual manifestaron que la señora Rosa María Ospino Martínez es madre cabeza de familia, no cuenta con ingreso o pensión, ni se encuentra afiliada a ningún régimen de seguridad social. A folios 20, 21 y 22 aparecen constancias del Instituto Técnico Comercial el Santuario, donde se certifica que los hijos menores de la demandante se encuentran matriculados para el año lectivo 2007 en dicho establecimiento educativo. Dichas pruebas evidencian las condiciones de precariedad de la demandante y sus hijos menores con ocasión de la situación de desamparo en que quedaron por la muerte de su esposo y padre respectivamente, lo cual es suficiente para acreditar la existencia del perjuicio irremediable alegado en la demanda. Se aclara que la tutela se concede como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, razón por la cual la orden anterior no desplaza la decisión que pueda proferir el juez competente, por vía de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho contra la Resolución No 04686 del 22 de marzo de 2007, que negó la mencionada prestación. NOTA DE RELATORIA.-Se cita de la Sección Primera. Expediente: 2007-00432-01. Demandante ANA SOLEDAD RUBIO GUEVARA Y OTRO. Ver entre otras sentencias. Sección Cuarta. M.P. María Ines Ortiz Barbosa. Expediente: 2006-01000-01.

PENSION DE SOBREVIVIENTES-Reconocimiento en tutela como mecanismo transitorio ante perjuicio irremediable / APLICACIÓN RETROSPECTIVA DE LA LEY-Pensión de sobrevivientes: principio de favorabilidad / PENSION DE SOBREVIVIENTES-Principio de favorabilidad

¹ CONSEJO DE ESTADO. Sección Primera. Expediente: 2007-00432-01. Demandante ANA SOLEDAD RUBIO GUEVARA Y OTRO. Ver entre otras sentencias. Sección Cuarta. M.P. María Ines Ortiz Barbosa. Expediente: 2006-01000-01.

² CONSEJO DE ESTADO. Sección Primera. Expediente: 2006-00549-01(AC). Demandante: JASCENIA BLANDON PEREA.

Se encuentra probado en el expediente que el señor Isaac M. Cantillo P. se desempeñó como Sargento Segundo al servicio de la Policía Nacional, durante 13 años, 8 meses y 27 días, hasta la fecha de su muerte, por lo tanto, en principio le es aplicable el régimen especial de los miembros de la fuerza pública previsto en el Decreto 1212/90. Dicha regulación sólo prevé la pensión de sobrevivientes cuando el oficial o suboficial hubiere completado quince años o más de servicio, de conformidad con lo dispuesto en el art. 163 del mencionado Decreto 1212/90, razón por la cual el señor Cantillo no cumplió con el requisito aludido pues se repite, laboró menos de 14 años; en esa medida, sus familiares no pueden acceder a la prestación que se deprecia, en los términos indicados en el régimen especial de los miembros de la fuerza pública. La mencionada normativa fue modificada por el Decreto 2070/03 "Por medio del cual se reforma el régimen pensional propio de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional" que, a diferencia del Decreto 1212/90, no exige tiempo de servicio mínimo para ser beneficiario de la pensión de sobrevivientes, cuando la muerte del miembro de la fuerza pública ocurre en actos especiales del servicio como "actos meritorios del servicio, en combate o como consecuencia de la acción del enemigo, bien sea en conflicto internacional o en el mantenimiento o restablecimiento del orden público" o en "en actos del servicio o por causas inherentes al mismo", conforme lo prevén sus artículos 27 y 28. Adicionalmente, la norma modificatoria del régimen pensional especial de la fuerza pública sólo exige cinco (5) años, como mínimo de tiempo de servicio para acceder a la pensión de sobrevivientes cuando la muerte del servidor se produce en "simple actividad". Reza el artículo 29 del citado decreto: (...). Lo anterior evidencia que en el presente asunto el Decreto 1212 de 1990 es más exigente en materia de tiempo de servicio que el Decreto 2070 de 2003 que lo modificó. Ahora bien, dicha modificación no se encontraba vigente en el mes de agosto del año 2001, fecha en la cual se produjo la muerte del esposo y padre de los demandantes, por lo tanto, en principio no sería posible aplicarla a hechos ocurridos con anterioridad a su vigencia. Sin embargo, la Sección Segunda de esta Corporación ha aceptado la posibilidad de aplicar la ley pensional en forma retrospectiva, en virtud del principio de favorabilidad, en los siguientes términos: (...). En consecuencia, es claro que al momento de la muerte el señor Cantillo Pérez había cotizado más de los cinco (5) años exigidos por el artículo 29 del Decreto 2070/03. En tales circunstancias, la Sala revocará la sentencia de primera instancia y, en su lugar, concederá la tutela deprecada ordenando al Subdirector General de la Policía Nacional reconocer, en el término máximo de quince días siguientes a la notificación de este fallo, la pensión de sobrevivientes a favor de la señora Rosa María Ospino y sus hijos menores, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 29 del Decreto 2070/03, a partir de la fecha en que éste entró en vigencia.

RETROSPECTIVIDAD DE LA LEY LABORAL-Pensión de sobrevivientes / PRINCIPIO JUSTICIA Y DE EQUIDAD-Aplicación retrospectiva de la ley en materia prestaciones y en casos excepcionales / PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES-Retroactividad de la ley; tutela como mecanismo transitorio

La Sección Segunda de esta Corporación ha aceptado la posibilidad de aplicar la ley pensional en forma retrospectiva, en virtud del principio de favorabilidad, en los siguientes términos: (...). "Ahora bien, no pasa por alto la Sala que la enfermedad que dio origen a esta incapacidad ocurrió en 1997, lo cual podría dar lugar a considerar que se está aplicando una norma que no se encontraba vigente para la época de los hechos, sin embargo, como ha sostenido esta Corporación (sentencia de septiembre diez (10) de mil novecientos noventa y dos (1992), Consejero Ponente Doctor Luis Eduardo Jaramillo Mejía, Expediente No. S - 182,

Actor : María del Carmen Alarcón viuda de Farfán), debe aplicarse la ley de manera retrospectiva en materia de prestaciones. Dijo así la precitada sentencia: "...Como se ve por medio de la disposición transcrita, de 22 se redujo a 15 el tiempo de servicios requerido para adquirir derecho a sueldo o asignación de retiro. Por virtud de esta fundamental modificación, el General Martínez Landinez, que con exceso había cumplido al servicio del Estado, como Oficial de las Fuerzas Militares, el lapso mínimo señalado por la ley nueva, adquirió el derecho a la prestación como consecuencia de la aplicación retrospectiva que en materias sociales a ella debía darse. "Y no fue el negocio en que se estudió la situación del General Jorge Martínez Landinez el primero que el Consejo de Estado resolviera, con aplicación retrospectiva de la ley relativa a prestaciones sociales. No. Ya anteriormente la Corporación, ajustando su decisión a un principio de justicia y de equidad generalmente aceptado, así retrospectivamente aplicó la legislación a esta materia relativa. Dígalo, si no, el fallo de 24 de septiembre de 1951, por medio del cual esta Sala del Consejo confirmó la Resolución número 1955 de 22 de febrero de 1950 proferida por la Junta Directiva de la Caja de Auxilios de los Ramos Postal y Telegráfico, que, aprobada por el señor Ministro de Correos y Telégrafos en favor de la señorita Matilde Torres Vergara reconoció una pensión de jubilación, retrotrayendo a su caso los preceptos de una ley sancionada con posterioridad a la fecha de su retiro definitivo del servicio público.". "En segundo lugar debe la Sala insistir en que, de conformidad con un principio generalmente aceptado, en materia de prestaciones sociales y en casos excepcionales, consideraciones de justicia y de equidad determinan la aplicación retrospectiva de la ley.". En la sentencia de julio 16 de 1980 que hace referencia concreta a una acumulación de tiempo servido en el Ejército y en la Policía Nacional por el demandante, se dijo: "Así pues, la ley no puede ser retroactiva, aunque se trate de una que sea favorable al trabajador, pero puede, en algunos casos, ser retrospectiva si tiene en cuenta factores de computación o de liquidación de prestaciones sociales y en general hechos ocurridos antes de la fecha en que entró en vigencia". Así mismo la Corte Constitucional en sentencia C-444 del 18 de septiembre de 1997, al pronunciarse sobre la constitucionalidad del artículo 1º (parcial) de la ley 332/96, Magistrado Ponente: Dr. JORGE ARANGO MEJÍA, dijo: "...La ley posterior sí puede mejorar las condiciones económicas del pensionado; lo que no puede hacer, por contrariar preceptos constitucionales, es desmejorar los derechos ya reconocidos. Mientras no exista un derecho adquirido, la ley puede modificar las condiciones para la adquisición de la pensión, los montos, requisitos, etc. Dentro de este contexto, es claro que los pensionados y quienes aún no han obtenido su derecho pensional, no se encuentran en la misma situación.....". Así pues, no se trata de dar efecto retroactivo a la ley, lo cual se presentaría si se reconociera la consolidación del derecho desde la fecha en que el demandante sufrió el daño en su salud mental, se trata de una aplicación retrospectiva pues la ley se aplica solo desde la fecha de su vigencia a un hecho acaecido con anterioridad. Se ordenará en ese orden que se reconozca a la parte demandante pensión de invalidez y las mesadas adicionales que se hayan causado, en cuantía del 75% de la asignación que corresponda a un Soldado, al tenor de lo dispuesto en el decreto Ley 4433 de 2004, a partir del 31 de diciembre de 2004, fecha de expedición del precitado decreto." NOTA DE RELATORIA.-Se cita de la Sección Segunda, sentencia del 5 de abril de 2005, proferida en el expediente N°00975-01(2439-04). M.P. Dra. Ana Margarita Olaya Forero.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN PRIMERA

Consejera ponente: MARTHA SOFÍA SANZ TOBÓN

Bogotá, D.C., seis (6) de diciembre de dos mil siete (2007).

Radicación número: 08001-23-31-000-2007-00450 01(AC-00450)

Actor: ROSA MARIA OSPINO MARTÍNEZ

Demandado: SUBDIRECCIÓN GENERAL DE LA POLICÍA NACIONAL

ACCIÓN DE TUTELA

Procede la Sala a resolver la impugnación interpuesta por la parte demandante contra la sentencia del 12 de julio de 2007, por medio de la cual el Tribunal Administrativo del Atlántico declaró improcedente la tutela incoada.

ANTECEDENTES

La señora Rosa María Ospino Martínez, mediante apoderado y en representación de sus hijos menores Isaac Manuel, Jean Bryan y Adréu Cantillo Ospino, presentó demanda en ejercicio de la acción de tutela contra la Subdirección General de la Policía Nacional por considerar que vulneró sus derechos fundamentales a la igualdad, debido proceso, mínimo vital, seguridad social, principio de favorabilidad y derechos de los menores, al negarles la pensión de sobrevivientes a la cual, dicen, tener derecho.

A- DEMANDA

La demandante concretó sus argumentos de la siguiente manera:

Informó que el señor Isaac Manuel Cantillo Pérez se desempeñó como Sargento Segundo de la Policía desde el 8 de septiembre de 1988 hasta el 20 de agosto de 2001, fecha en la cual falleció.

Manifestó que mediante la Resolución No 00166 del 13 de febrero de 2002, proferida por la Subdirección General de la Policía, se le cancelaron a ella y a sus hijos las cesantías y una indemnización, pero no se le reconoció la pensión de sobrevivientes.

Indicó que el 16 de mayo de 2006 elevó una petición a la Subdirección General de la Policía Nacional con el fin de que se le reconociera la pensión de sobrevivientes, que fue negada mediante la Resolución No 04686 de marzo de 2007, con el argumento que para el caso no es aplicable la Ley 100 de 1993 sino el Decreto 1212 de 1990, el cual en su artículo 163 exige 15 o más años de servicio para otorgar el mencionado derecho pensional.

Señaló que es mujer cabeza de familia, que no se encuentra afiliada a ningún régimen de seguridad social y no cuenta con un ingreso con el cual pueda mantener dignamente a sus hijos, quienes actualmente estudian gracias a la ayuda de algunos familiares. Por esta razón sostuvo que la acción de tutela debe prosperar como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

Expresó que a la fecha del fallecimiento su esposo, cumplía con las exigencias previstas en el artículo 46 de la Ley 100 de 1993, ya que desde la fecha de ingreso a la institución acumuló un tiempo de servicio de 13 años, 8 meses y 27 días.

Expuso que la Ley 100 de 1993 es más favorable que el Decreto 1212 de 1990, razón por la cual debe ser aplicada para concederle la pensión de sobrevivientes. Sobre el punto citó jurisprudencia del Consejo de Estado.

B- PRETENSIONES

Solicita que se tutelen los derechos fundamentales a la igualdad, al debido proceso, a los derechos de los menores, al mínimo vital y a la seguridad social y que, en consecuencia, se ordene al Grupo de Prestaciones de la Policía Nacional que le reconozca y pague, en el término de 48 horas, la pensión de sobrevivientes a la que tienen derecho ella y sus hijos como consecuencia de la muerte del señor Isaac Manuel Cantillo Pérez.

C- DEFENSA

La Jefe del Grupo de Pensionados de la Policía Nacional se pronunció sobre la solicitud de tutela.

Señaló que el señor Isaac Manuel Cantillo Pérez registró al momento de su

fallecimiento un tiempo total de servicio de 13 años, 8 meses y 27 días, razón por la cual no puede ser otorgada la pensión de sobrevivientes por aplicación del artículo 163 del Decreto 1212 de 1990.

Indicó que el artículo 279 de la Ley 100 de 1993 establece que el Sistema General de Pensiones no se aplica a los funcionarios de la fuerza pública.

Consideró que la acción de tutela es improcedente porque la jurisprudencia del Consejo de Estado, en varias oportunidades, ha indicado que no es el mecanismo idóneo para lograr el reconocimiento de prestaciones sociales por parte de las entidades públicas.

SENTENCIA IMPUGNADA

El Tribunal Administrativo del Atlántico negó la solicitud de tutela instaurada por las razones que a continuación se exponen:

Afirmó que de acuerdo con el artículo 6 del Decreto 2591 de 1991, la acción de tutela es improcedente cuando existe otro medio de defensa judicial salvo que se utilice como mecanismo para evitar un perjuicio irremediable.

Indicó que en el presente asunto la demandante tiene a su disposición la acción consagrada en el artículo 85 del C.C.A., con la finalidad de controvertir la resolución por medio de la cual se negó la pensión de sobrevivientes. De igual forma explicó que es procedente solicitar la suspensión provisional de dicho acto administrativo.

Señaló que en el caso concreto la demandante no demostró el perjuicio irremediable, ya que la petición para el reconocimiento de la misma se hizo después de transcurridos 4 años y 9 meses del fallecimiento, lo que demuestra que la demandante y su familia realmente no se encuentran en una situación de urgencia que permita la prosperidad de la acción de tutela.

Advirtió que en el *sub lite* no está probado que a la demandante y a sus hijos menores les asista el derecho a la pensión de sobrevivientes, por el contrario el mismo se encuentra en discusión y en tal sentido le corresponde al juez competente su determinación, pues de lo contrario se atentaría contra el carácter

subsidiario, residual y excepcional de la acción de tutela. Al respecto citó la sentencia T-490 de 1999 de la Corte Constitucional.

IMPUGNACIÓN

La demandante impugna el fallo anterior y reitera los argumentos de la demanda.

Adicionalmente, indica que la acción de tutela es un mecanismo para amparar derechos laborales si se utiliza como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

Expresa que la tardanza de tres años para solicitar el derecho pensional, es solo imputable a la entidad demandada quién le hizo creer que no tenía derecho a la pensión de sobrevivientes.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

La acción de tutela, consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política, fue instituida para proteger en forma inmediata los derechos constitucionales fundamentales, cuando éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o particular, en los casos previstos en el artículo 42 del Decreto 2591 de 1991. Dicha acción se establece como mecanismo subsidiario, es decir, que sólo procede cuando el afectado no disponga de otros instrumentos de defensa judicial, salvo que se utilice como mecanismo transitorio con miras a evitar un perjuicio irremediable.

En el presente asunto la demandante considera que se vulneraron los derechos fundamentales a la igualdad, al debido proceso, a los derechos de los menores, al mínimo vital y a la seguridad social de ella y de sus hijos menores, porque la autoridad demandada les negó la pensión de sobrevivientes.

Afirma la demandante que la Subdirección General de la Policía Nacional debió reconocerles el mencionado derecho pensional, porque durante el tiempo en que su esposo trabajó como Sargento Segundo de dicha institución, cumplió los requisitos previstos en el artículo 46 de la Ley 100 de 1993, para tal efecto.

Por su parte la autoridad demandada señala que la norma aplicable es el Decreto 1212 de 1990 y que el señor Isaac Manuel Cantillo Pérez no cumplió con los requisitos que la norma exige para reconocerle a su familia la pensión de sobrevivientes.

Es claro entonces que en este asunto se discuten derechos laborales, lo cual escapa a la competencia del juez de tutela, pues corresponde a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo definir cuál es el régimen legal aplicable para otorgar la pensión de sobrevivientes. Para ello la actora cuenta con la acción de nulidad y restablecimiento del derecho atacando la Resolución No 04686 del 22 de marzo de 2007, por medio de la cual se le negó la mencionada prestación.

En consecuencia, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 6° del Decreto 2591 de 1991 la acción de tutela es improcedente.

Sin embargo, excepcionalmente, aun cuando existan otros mecanismos de defensa judicial, la acción de tutela procede como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, con el fin de reclamar derechos laborales o de carácter pensional, siempre que se ponga en peligro el mínimo vital de las personas³.

Adicionalmente, la jurisprudencia de esta Sala ha precisado que el perjuicio irremediable debe probarse y revestir los caracteres de urgencia, gravedad e inminencia, en los siguientes términos:

“En diversas oportunidades se ha precisado que el perjuicio irremediable es el daño causado a un bien jurídico por las acciones u omisiones manifiestamente ilegítimas y contrarias a derecho, que una vez producido, resulta irreversible y por lo tanto no puede ser retornado a su estado anterior. Y que la acción de tutela es procedente para evitarlo cuando se cumplan las siguientes exigencias: que el perjuicio sea inminente, es decir, que se produzca indefectiblemente si no opera la protección judicial transitoria; que las medidas que se requieren para conjurar el perjuicio sean urgentes; que el daño o menoscabo sea grave, esto es, que una vez que aquel se haya producido es imposible retornar la situación a su estado anterior; y que la urgencia y la gravedad determinen que la acción de tutela sea impostergable”⁴.

³ CONSEJO DE ESTADO. Sección Primera. Expediente: 2007-00432-01. Demandante ANA SOLEDAD RUBIO GUEVARA Y OTRO. Ver entre otras sentencias. Sección Cuarta. M.P. María Ines Ortiz Barbosa. Expediente: 2006-01000-01.

⁴ CONSEJO DE ESTADO. Sección Primera. Expediente: 2006-00549-01(AC). Demandante: JASCENIA BLANDON PEREA.

Teniendo en cuenta las anteriores consideraciones, la Sala procederá a verificar si en el caso concreto la demandante y sus hijos menores se encuentran en una situación que amerita la procedencia de la acción de tutela como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

A folio 6 obra una declaración extra procesal rendida por la señores Carmen Iyavis Porras Niebles y Robin de la Rosa Pérez Castro, ante el Notario Décimo del Distrito Portuario de Barranquilla, en la cual manifestaron que la señora Rosa María Ospino Martínez es madre cabeza de familia, no cuenta con ingreso o pensión, ni se encuentra afiliada a ningún régimen de seguridad social.

A folios 20, 21 y 22 aparecen constancias del Instituto Técnico Comercial el Santuario, donde se certifica que los hijos menores de la demandante se encuentran matriculados para el año lectivo 2007 en dicho establecimiento educativo.

Dichas pruebas evidencian las condiciones de precariedad de la demandante y sus hijos menores con ocasión de la situación de desamparo en que quedaron por la muerte de su esposo y padre respectivamente, lo cual es suficiente para acreditar la existencia del perjuicio irremediable alegado en la demanda.

- El asunto de fondo.

Se procederá a verificar cuál es la norma aplicable al caso concreto, en materia de pensión de sobrevivientes y si la actora y sus hijos menores reúnen los requisitos necesarios para el reconocimiento de la misma, caso en que se concederá la tutela como mecanismo transitorio para evitar el perjuicio irremediable descrito.

Se encuentra probado en el expediente que el señor Isaac Manuel Cantillo Pérez se desempeñó como Sargento Segundo al servicio de la Policía Nacional, durante 13 años, 8 meses y 27 días, hasta la fecha de su muerte (fl. 18), por lo tanto, en principio le es aplicable el régimen especial de los miembros de la fuerza pública previsto en el Decreto 1212 de 1990.

Dicha regulación sólo prevé la pensión de sobrevivientes cuando el oficial o suboficial hubiere completado quince (15) años o más de servicio, de conformidad

con lo dispuesto en el artículo 163 del mencionado Decreto 1212 de 1990, razón por la cual el señor Cantillo Pérez no cumplió con el requisito aludido pues se repite, laboró menos de 14 años; en esa medida, sus familiares no pueden acceder a la prestación que se depreca, en los términos indicados en el régimen especial de los miembros de la fuerza pública.

La mencionada normativa fue modificada por el Decreto 2070 de 2003 *“Por medio del cual se reforma el régimen pensional propio de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional”* que, a diferencia del Decreto 1212 de 1990, no exige tiempo de servicio mínimo para ser beneficiario de la pensión de sobrevivientes, cuando la muerte del miembro de la fuerza pública ocurre en actos especiales del servicio como *“actos meritorios del servicio, en combate o como consecuencia de la acción del enemigo, bien sea en conflicto internacional o en el mantenimiento o restablecimiento del orden público”* o en *“en actos del servicio o por causas inherentes al mismo”*, conforme lo prevén sus artículos 27 y 28.

Adicionalmente, la norma modificatoria del régimen pensional especial de la fuerza pública sólo exige cinco (5) años, como mínimo de tiempo de servicio para acceder a la pensión de sobrevivientes cuando la muerte del servidor se produce en ***“simple actividad”***. Reza el artículo 29 del citado decreto:

“Artículo 29. Muerte en simple actividad. A la muerte en simple actividad de un Oficial, Suboficial, Agente o del personal que ingrese al Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional a partir de la entrada en vigencia del presente decreto, **con cinco (5) o más años de servicio, por causas diferentes a las enumeradas en los artículos anteriores**, sus beneficiarios en el orden y proporción establecidos en el artículo 11 del presente decreto tendrán derecho a que por el Tesoro Público se les pague una pensión mensual, reconocida por la Dirección General de la Policía Nacional, la cual será liquidada y cubierta en la misma forma de la asignación de retiro de acuerdo con el grado y tiempo de servicio del causante.

Cuando el Oficial, Suboficial, Agente o miembro del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional, falleciere sin tener el tiempo requerido para la asignación de retiro, la pensión será liquidada en un porcentaje equivalente al cuarenta por ciento (40%) de las partidas computables.

Parágrafo...” (las negrillas y subrayas no son del texto original).

Lo anterior evidencia que en el presente asunto el Decreto 1212 de 1990 es más exigente en materia de tiempo de servicio que el Decreto 2070 de 2003 que lo modificó.

Ahora bien, dicha modificación no se encontraba vigente en el mes de agosto del año 2001, fecha en la cual se produjo la muerte del esposo y padre de los demandantes, por lo tanto, en principio no sería posible aplicarla a hechos ocurridos con anterioridad a su vigencia. Sin embargo, la Sección Segunda de esta Corporación ha aceptado la posibilidad de aplicar la ley pensional en forma **retrospectiva**, en virtud del principio de favorabilidad, en los siguientes términos:

"Ahora bien, no pasa por alto la Sala que la enfermedad que dio origen a esta incapacidad ocurrió en 1997, lo cual podría dar lugar a considerar que se está aplicando una norma que no se encontraba vigente para la época de los hechos, sin embargo, como ha sostenido esta Corporación (sentencia de septiembre diez (10) de mil novecientos noventa y dos (1992), Consejero Ponente Doctor Luís Eduardo Jaramillo Mejía, Expediente No. S - 182, Actor : María del Carmen Alarcón viuda de Farfán), debe aplicarse la ley de manera retrospectiva en materia de prestacionales. Dijo así la precitada sentencia:

"...Como se ve por medio de la disposición transcrita, de 22 se redujo a 15 el tiempo de servicios requerido para adquirir derecho a sueldo o asignación de retiro. Por virtud de esta fundamental modificación, el General Martínez Landinez, que con exceso había cumplido al servicio del Estado, como Oficial de las Fuerzas Militares, el lapso mínimo señalado por la ley nueva, **adquirió el derecho a la prestación como consecuencia de la aplicación retrospectiva que en materias sociales a ella debía darse.**

"Y no fue el negocio en que se estudió la situación del General Jorge Martínez Landinez el primero que el Consejo de Estado resolviera, con aplicación retrospectiva de la ley relativa a prestaciones sociales. No. Ya anteriormente la Corporación, ajustando su decisión a un principio de justicia y de equidad generalmente aceptado, así retrospectivamente aplicó la legislación a esta materia relativa. Dígalo, si no, el fallo de 24 de septiembre de 1951, por medio del cual esta Sala del Consejo confirmó la Resolución número 1955 de 22 de febrero de 1950 proferida por la Junta Directiva de la Caja de Auxilios de los Ramos Postal y Telegráfico, que, aprobada por el señor Ministro de Correos y Telégrafos en favor de la señorita Matilde Torres Vergara **reconoció una pensión de jubilación, retrotrayendo a su caso los preceptos de una ley sancionada con posterioridad a la fecha de su retiro definitivo del servicio público.**"

"En segundo lugar debe la Sala insistir en que, de conformidad con un principio generalmente aceptado, en materia de prestaciones sociales y en casos excepcionales, consideraciones de justicia y de equidad determinan la aplicación retrospectiva de la ley."

En la sentencia de julio 16 de 1980 que hace referencia concreta a una acumulación de tiempo servido en el Ejército y en la Policía Nacional por el demandante, se dijo

"Así pues, la ley no puede ser retroactiva, aunque se trate de una que sea favorable al trabajador, **pero puede, en algunos casos, ser retrospectiva si tiene en cuenta factores de computación o de liquidación de prestaciones sociales y en general hechos ocurridos antes de la fecha en que entró en vigencia**" (Resaltado fuera de texto)

Así mismo la Corte Constitucional en sentencia C-444 del 18 de septiembre de 1997, al pronunciarse sobre la constitucionalidad del artículo 1º (parcial) de la ley 332 de 1996, Magistrado Ponente: Dr. JORGE ARANGO MEJÍA, dijo:

"...La ley posterior sí puede mejorar las condiciones económicas del pensionado; lo que no puede hacer, por contrariar preceptos constitucionales, es desmejorar los derechos ya reconocidos. Mientras no exista un derecho adquirido, la ley puede modificar las condiciones para la adquisición de la pensión, los montos, requisitos, etc. Dentro de este contexto, es claro que los pensionados y quienes aún no han obtenido su derecho pensional, no se encuentran en la misma situación....."

Así pues, no se trata de dar efecto retroactivo a la ley, lo cual se presentaría si se reconociera la consolidación del derecho desde la fecha en que el demandante sufrió el daño en su salud mental, se trata de una aplicación retrospectiva pues la ley se aplica solo desde la fecha de su vigencia a un hecho acaecido con anterioridad.

Se ordenará en ese orden que se reconozca a la parte demandante pensión de invalidez y las mesadas adicionales que se hayan causado, en cuantía del 75% de la asignación que corresponda a un Soldado, al tenor de lo dispuesto en el decreto Ley 4433 de 2004, a partir del 31 de diciembre de 2004, fecha de expedición del precitado decreto."⁵

En el expediente se demostró, por medio de la respuesta al auto para mejor proveer del 18 de octubre de 2007 visible a folios 109 a 110, que:

- El señor Isaac Manuel Cantillo Pérez ingresó a la Policía Nacional el día 8 de febrero de 1988.
- Prestó sus servicios en forma ininterrumpida a dicha institución hasta el mes de agosto de 2001, fecha en la cual murió *"en simple actividad"*.
- El tiempo de servicios que alcanzó fue de 13 años, 8 meses, 27 días.

⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia del 5 de abril de 2005, proferida en el expediente N°00975-01(2439-04). M.P. Dra. Ana Margarita Olaya Forero.

- Los aportes mensuales por concepto de asignaciones de retiro se hicieron a la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional.

En consecuencia, es claro que al momento de la muerte el señor Cantillo Pérez había cotizado más de los cinco (5) años exigidos por el artículo 29 del Decreto 2070 de 2003.

Por otra parte, a folio 10 obra copia del registro civil de matrimonio de la demandante señora Rosa María Ospino Martínez y el señor Isaac Manuel Cantillo Pérez y a folios 15, 16 y 17 obran los registros civiles de nacimiento de los menores Isaac Manuel, Ian Brain y Andrews Mauricio Cantillo Ospino, hijos de los mencionados cónyuges, con lo cual se prueba la calidad de beneficiarios de la pensión de sobrevivientes de los demandantes, en los términos del artículo 11 del Decreto 2070 de 2003.

En tales circunstancias, la Sala revocará la sentencia de primera instancia y, en su lugar, concederá la tutela deprecada ordenando al Subdirector General de la Policía Nacional reconocer, en el término máximo de quince (15) días siguientes a la notificación de este fallo, la pensión de sobrevivientes a favor de la señora Rosa María Ospino Martínez y sus hijos menores Isaac Manuel, Ian Brain y Andrews Mauricio Cantillo Ospino, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 29 del Decreto 2070 de 2003, a partir de la fecha en que éste entró en vigencia.

Se aclara que la tutela se concede como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, razón por la cual la orden anterior no desplaza la decisión que pueda proferir el juez competente, por vía de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho contra la Resolución No 04686 del 22 de marzo de 2007, que negó la mencionada prestación.

Por lo tanto, de conformidad con lo dispuesto en los incisos 3 y 4 del artículo 8 del Decreto 2591 de 2001, la presente decisión permanecerá vigente sólo durante el término que la autoridad competente utilice para decidir de fondo la mencionada acción de nulidad y restablecimiento del derecho, la cual deberá interponerse dentro de los cuatro (4) meses siguientes a la notificación del presente fallo, so pena de que cesen los efectos del mismo.

Por lo anteriormente expuesto, la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley.

FALLA

PRIMERO: REVÓCASE la providencia del 12 de julio de 2007 proferida por el Tribunal Administrativo del Atlántico y, en su lugar, se dispone:

SEGUNDO: TUTÉLANSE los derechos fundamentales a la igualdad y a la seguridad social, en conexidad con la vida en condiciones dignas y el mínimo vital.

TERCERO: ORDÉNASE al Subdirector General de la Policía Nacional reconocer, en el término máximo de quince (15) días siguientes a la notificación de este fallo, la pensión de sobrevivientes a favor de la señora Rosa María Ospino Martínez y sus hijos menores Isaac Manuel, Ian Brain y Andrews Mauricio Cantillo Ospino, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 29 del Decreto 2070 de 2003, a partir de la fecha en que éste entró en vigencia.

CUARTO: ACLÁRASE que la tutela se concede como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. Por lo tanto, la presente decisión permanecerá vigente sólo durante el término que la autoridad competente utilice para decidir de fondo la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, contra la Resolución No 04686 del 22 de marzo de 2007, que negó la mencionada prestación, la cual deberá interponerse dentro de los cuatro (4) meses siguientes a la notificación del presente fallo, so pena de que cesen los efectos del mismo.

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

SEXTO: Remítase el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión dentro de los diez días (10) siguientes a la ejecutoria del presente fallo.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

